

**MAURA BARBIERI CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE**

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A PROTEÇÃO DO  
POSSUIDOR NÃO PROPRIETÁRIO: Limites e  
possibilidades**

**CURITIBA**

**2010**

**MAURA BARBIERI CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE**

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A PROTEÇÃO DO  
POSSUIDOR NÃO PROPRIETÁRIO: Limites e  
possibilidades**

Monografia apresentada para conclusão  
do Curso de Direito Noturno do Setor de  
Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Carlos  
Eduardo Pianovski Ruzyk.

**CURITIBA**

**2010**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

# **A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A PROTEÇÃO DO POSSUIDOR NÃO PROPRIETÁRIO: Limites e possibilidades**

**MAURA BARBIERI CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE**

Monografia aprovada para conclusão do Curso de Direito Noturno do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná pela comissão formada pelos professores:

Orientador:

---

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

---

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

---

Prof. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos  
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, \_\_\_\_ de novembro de 2010.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus familiares, especialmente pais, irmã e avó, que aceitaram amavelmente todos os momentos em que tive que abdicar de suas companhias para estudar e escrever esta monografia; aos amigos sem os quais estes cinco anos de faculdade não teriam sido tão bons: Gustavo, Jaime, Marcelo, Maria Gabriela e Rogério; ao Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk por ter me orientado com dedicação e cordialidade, incentivando o estudo do tema e demonstrando respeito pelos meus pontos de vista contrários aos seus; à Thaís e ao Michel por terem me auxiliado com enorme boa vontade no francês e na sociologia; ao João Paulo pelo apoio, carinho e todo sentimento; e a todos os demais que de alguma forma estiveram envolvidos na realização deste trabalho.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>vi</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>TÍTULO I – PROPRIEDADE E POSSE ENTRE ABSTRAÇÃO E EFETIVIDADE.....</b>	<b>10</b>
<b>1 DA RELAÇÃO ENTRE A IDEOLOGIA ECONÔMICA DOMINANTE E A CULTURA JURÍDICA PATRIMONIALISTA-INDIVIDUALISTA.....</b>	<b>10</b>
1.1 O Direito do modo de produção capitalista.....	10
1.2 Conflitos possessórios e Especulação imobiliária no Brasil.....	15
<b>2 PROPRIEDADE E PROPRIEDADE(S).....</b>	<b>28</b>
2.1 Posse e propriedade pré-modernas.....	28
2.3 Propriedade moderna.....	33
2.4 Posse moderna.....	40
<b>TÍTULO II – DIFUSÃO DA LÓGICA EXISTENCIAL NOS INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL.....</b>	<b>45</b>
<b>1 FUNÇÃO SOCIAL.....</b>	<b>45</b>
1.1 Da propriedade no início do século XX.....	45
1.2 Da posse e da propriedade na contemporaneidade.....	56
<b>2 EMBATE ENTRE A POSSE QUE CUMPRE SUA FUNÇÃO SOCIAL E A PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA.....</b>	<b>70</b>
2.1 Instrumentos de proteção da propriedade.....	70
2.2 Conseqüências teórico-práticas para o proprietário inerte.....	75
2.3 Tutela jurídica da posse autonomizada.....	80
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>87</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>90</b>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar a questão da função social da posse, partindo inicialmente da conformação dos institutos da propriedade e da posse no Brasil, depois analisando a história e as teorias acerca dos mesmos no contexto europeu. Em seguida, retornando para a nossa realidade, busca-se estudar as possibilidades de tratamento das formas de apropriação a partir da autonomia da posse relativamente à propriedade e sua conseqüente valorização. A função social dos institutos de direito privado, fenômeno recente na ordem jurídica brasileira, permite a inserção de valores existenciais em espaços antes exclusivamente patrimoniais. Os conflitos possessórios decorrentes da ausência de políticas públicas urbanas, da especulação imobiliária, da segregação das classes mais pobres à periferia das cidades, além da concentração de terras nas mãos de poucos e da violência no campo, evidenciam a necessidade de uma atuação mais positiva do Judiciário, no sentido de privilegiar, nas ações possessórias e reivindicatórias ajuizadas por proprietários inertes, a posse que cumpre com sua função social. Ora, a situação proprietária compreende, internamente, a função social, razão pela qual a ausência de destinação social ao bem pelo proprietário lhe retira suas garantias constitucionais: não há direito de propriedade sem função social.

Palavras-chave: função social, propriedade, posse, conflitos possessórios, ocupações rurais e urbanas.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo, sem qualquer pretensão de atingir conclusões inovadoras, muito menos de esgotar a problemática relativa à funcionalização da propriedade e à revalorização da situação possessória, tem por objetivo destacar, inicialmente, o papel que a ideologia dominante exerce no ordenamento jurídico de dada sociedade, numa relação que também se dá a partir da influência do direito no mundo dos fatos. Isto sem olvidar que a luta de classes subjacente ao sistema capitalista, entre proprietários e não-proprietários, vem exigindo cada vez mais a consolidação de um regime proprietário atento aos valores existenciais dos cidadãos.

Por tais razões, ao tratar da história da propriedade no direito brasileiro, é importante que se destaque os efeitos que até hoje permeiam os conflitos possessórios no país, em especial no campo mas, após o processo de urbanização mundial, de modo igualmente dramático nas cidades. Não se procurou fazer uma análise profunda a partir de estatísticas sobre a quantidade de terras vazias e de famílias sem moradia, porém, a exposição de alguns números a esse respeito servirá para demonstrar a importância prática e a atualidade do tema da função social da propriedade.

Como a linha de estudo ora seguida vem romper com os paradigmas proprietários modernos, o histórico do tratamento jurídico europeu dado às formas de apropriação de bens faz-se imprescindível, porquanto os grandes embates doutrinários e as teorias liberais que foram forjadas naquele continente difundiram-se por todo o mundo ocidental, inegavelmente. Grandes discussões foram travadas acerca da posse e também da função social, algo que se buscou descrever de maneira sucinta neste trabalho, a fim de permitir uma visão ampla do problema trabalhado.

É possível afirmar, ainda, que a discussão sobre a posse e a propriedade tem sua importância resumida basicamente em três grandes fases. Na primeira delas, ainda na Idade Média, os vínculos jurídicos de poder entre o bem e a pessoa eram caracterizados pela efetividade e pela incisividade, algo mais próximo ao que hoje entendemos por posse, podendo inclusive se falar na existência de múltiplas

posições de efetividade econômica sobre o bem<sup>1</sup>: daí porque a aplicação da noção plural de propriedade: não a propriedade, e sim as propriedades<sup>2</sup>, levando em conta sempre a factualidade tipicamente medieval.

A noção moderna de propriedade privada, por sua vez, foi tomando forma a partir do fim da Idade Média, tendo sido influenciada por filósofos e teólogos a partir de teorias que valorizavam o individualismo possessório e atribuíam muito mais importância ao sujeito considerado em si mesmo do que às coisas. A propriedade passou a ser tratada como um direito natural dos homens, absoluto e abstrato, cuja efetividade não tinha relevância na esfera jurídica ou mesmo na própria sociedade. Tal entendimento foi firmado pelas Codificações modernas, porque útil aos interesses liberais e à noção de mercado livre, no qual tudo aquilo ao qual possa ser atribuído valor de troca é considerado mercadoria, depreciando-se o valor de uso dos bens. Por isso, nessa época, a posse perdeu toda sua autonomia, sendo mero apêndice da propriedade.

Finalmente, têm início as primeiras considerações acerca das limitações ao direito de propriedade, da imposição de deveres aos proprietários e da inserção de valores sociais e existenciais no regime jurídico de apropriação de bens. Por isso, na presente monografia, buscou-se fazer uma análise acerca das teorias que foram defendidas ao longo do Século XX, com a inserção, nas Constituições dos Estados, de imposições teleológicas destinadas ao bem-estar da sociedade através do cumprimento da função social da propriedade. A posse, ao longo desse caminho, assumiu papel cada vez mais relevante, porquanto viabilizadora, na prática, da utilização social dos bens imóveis.

Avançando para os entendimentos mais recentes sobre o tema, os doutrinadores, de modo geral, compreendem que a função social se insere na própria estrutura do direito de propriedade. Assim, o próximo ponto consiste na definição do conteúdo da função social, ou seja, como é possível aferi-la da prática, considerando as possibilidades de utilização social dos imóveis urbanos e rurais, além das necessidades humanas passíveis de serem satisfeitas através das ocupações. A controvérsia persiste, porém, quanto a natureza do direito de

---

<sup>1</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

<sup>2</sup> Expressão cunhada por Salvatore PUGLIATTI, conforme destaca Paolo GROSSI em "**História da propriedade e outros ensaios**"..., p. 3



propriedade: se direito subjetivo ou situação jurídica complexa. As conclusões a este respeito vão influenciar a compreensão acerca dos efeitos gerados caso o proprietário se mantenha inerte no exercício da função social.

Quanto ao contexto específico do direito brasileiro, serão analisados o conteúdo e a extensão da função social, considerando também o conteúdo material da posse, importante para a satisfação de necessidades humanas. A partir daí, já se começa a tratar do tema específico, relativo à prevalência da posse funcionalizada quando o titular do bem não estiver observando o princípio da função social, com fundamento em diversos argumentos que serão expostos ao longo do texto.

Em seguida, tratar-se-á das consequências teórico-práticas que devem ser atribuídas ao proprietário inerte, considerando a possibilidade tanto de perda do seu direito, quanto de ausência de tutela jurisdicional (possessória e/ou reivindicatória), as quais viabilizariam, por outro lado, a proteção da posse com conteúdo material. Como consequência, o estudo seguirá analisando de que maneira, neste contexto, a proteção dos não-proprietários que ocupam terras desfuncionalizadas com o objetivo de suprir suas necessidades básicas através da posse, que permite a moradia e o sustento de famílias ou coletividades.

Reconhece-se a insuficiência do direito para a transformação da realidade concreta em que se dão conflitos sociais decorrentes do sistema capitalista de produção e da luta de classes a ele subjacente. Porém, não se olvida que situações específicas, tanto individuais quanto coletivas, quando institucionalizadas, merecem uma análise crítica e uma resposta atuante do Judiciário como, ao final, procurar-se-á demonstrar.

## **TÍTULO I – PROPRIEDADE E POSSE ENTRE ABSTRAÇÃO E EFETIVIDADE**

### **1 DA RELAÇÃO ENTRE A IDEOLOGIA ECONÔMICA DOMINANTE E A CULTURA JURÍDICA PATRIMONIALISTA-INDIVIDUALISTA**

#### **1.1 O direito do modo de produção capitalista**

Com o advento do modo de produção capitalista, o direito assumiu um papel imprescindível para a manutenção e a reprodução da estrutura social que se desenvolveu a partir do livre mercado e da hegemonia da classe burguesa e proprietária. Pode-se inclusive dizer que o direito se transformou no principal sistema ideológico-repressivo de dominação de classes<sup>3</sup>, que antes era realizada diretamente e de forma personalizada pelos senhores feudais. Após a decadência do sistema feudal, tomaram espaço as relações abstratas e universais entre opressores e oprimidos, num sistema ideológico construído principalmente em torno dos conceitos de propriedade, contrato e sujeito<sup>4</sup>.

O capitalismo precisava proteger as classes dominantes para garantir o seu próprio desenvolvimento, dando-lhes o instrumento do contrato para fazer circular sua propriedade privada, além de garantir o exercício da liberdade a fim de justificar a existência de proprietários e não-proprietários, permitindo, assim, a mercantilização da mão-de-obra destes. Tudo isso foi viabilizado pelas teorizações e codificações jurídicas dos séculos XIX e XX, as quais ainda hoje fazem parte da mentalidade de boa parte dos operadores do direito, tendo em vista a facilidade com que legitimam os arbítrios das classes proprietárias mesmo diante dos contornos constitucionais assumidos pelos institutos clássicos do direito civil.

Acerca da importância do direito na transição do modo de produção feudal para o capitalista, Boaventura de Souza SANTOS afirma que:

De relação de produção, a propriedade fundiária foi-se gradualmente transformando num vínculo jurídico, num direito de propriedade que estabelece o monopólio legal do uso da terra e, nessa base, legitima a obtenção de um rendimento pela cedência do uso. Esta transformação é um

---

<sup>3</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Sobre o papel do direito na sociedade capitalista. Ocupações coletivas: direito insurgente**. Rio de Janeiro: CDDH, s/d, p. 1.

<sup>4</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Sobre o papel do direito na sociedade capitalista...**, p. 1.

dos vetores estruturantes da transição (ou das transições) do feudalismo para o capitalismo<sup>5</sup>.

Desde os escritos de Karl MARX já restava claro que a base econômica (unidade de forças produtivas e relações de produção) é a estrutura dominante nas sociedades capitalistas, sobre a qual estão dispostas as instâncias jurídico-política e ideológica. Tal afirmação, contudo, levou muitos estudiosos a concluir que MARX e ENGELS teriam concebido o direito como um simples reflexo da economia, como se a estrutura social fosse uma construção estática em que é desconsiderado o jogo recíproco de ações e reações entre os diversos fatores envolvidos (as formas políticas das lutas de classes e seus resultados, as constituições regidas pelas classes dominantes, as formas jurídicas, as teorias políticas, jurídicas e filosóficas, as idéias religiosas, etc.)<sup>6</sup>.

No final do século passado, o sociólogo Louis ALTHUSSER, cujo ponto de partida foi justamente a teoria marxista, asseverou que a superestrutura, na qual se insere o direito, é de fato determinada pela eficácia da base, mas também é ao seu modo determinante<sup>7</sup>. Ou seja, o fato de existir uma “determinação em última instância” da superestrutura pela base econômica não significa que não haja uma espécie de “ação de retorno” das instâncias jurídico-política e ideológica em relação à infraestrutura.

Não se olvide que a superestrutura tem por função precípua a reprodução das relações de produção capitalistas, a qual, segundo ALTHUSSER, é assegurada pelo exercício do poder do Estado através da repressão e da ideologia<sup>8</sup>, sob o controle das classes dominantes que visam manter sua hegemonia. Entre esses dois Aparelhos do Estado localiza-se o direito, cuja manifestação ideológica é importante para fazê-lo parecer independente e justo, apesar do seu caráter eminentemente excludente e desigual.

---

<sup>5</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, o direito e a questão urbana. In: FALCÃO, Joaquim (org.). **Invasões urbanas: conflitos de direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008, p. 42.

<sup>6</sup> GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50-51.

<sup>7</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos do Estado**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 60-61.

<sup>8</sup> ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos do Estado...**, p. 73.

Assim, ao Estado burguês, aparentemente neutro, transferem-se as funções de regulação e administração das relações sociais (através das leis), além da remoção de eventuais conflitos que se manifestem na esfera individual (através da atuação jurisdicional), dissimulando, desta feita, o processo de luta de classes<sup>9</sup>. Nada mais exemplificador do que o estabelecimento, pela lei civil brasileira, da proteção quase absoluta do direito de propriedade, dificultando, através de dispositivos não muito claros nem específicos, o estabelecimento de quais sejam o conteúdo e a extensão do princípio da função social da propriedade. Isso permite existam decisões das mais variáveis ordens com o fim de sufocar os conflitos possessórios decorrentes da injusta distribuição de terras no país.

Miguel BALDEZ faz uma análise perspicaz da atuação do magistrado dentro do sistema capitalista:

O juiz é o Estado, e o Estado, representando os interesses das classes possuidoras, não pode ser neutro. Cabe, assim, ao juiz, no concreto do embate da contradição entre os trabalhadores e os não trabalhadores, a função de guardião do sistema, cuja estrutura jurídica repousa na ideologia da propriedade e do contrato<sup>10</sup>.

Os conflitos e as contradições internas ao capitalismo existem desde o seu início e hoje são cada vez mais evidentes face às consequências de décadas de mercado livre e globalizado, cujas crises, antes mesmo de acabar, dão início a novas crises e castigam de maneira mais grave os trabalhadores desprovidos de propriedade e capital. Essa população mundial oprimida, apesar de tudo, ainda não foi completamente anulada, possui voz e cada vez mais atua para ser sujeito da própria história, fazendo transparecer a luta de classes subjacente ao sistema, o qual, através do direito e dos aparelhos repressivos do Estado, criminaliza e sufoca as mobilizações populares.

É impossível, portanto, que uma análise acadêmica descarte a relação intrínseca entre o direito e a base econômica das sociedades pós-industriais. A representatividade dos parlamentares que fazem a lei e a suposta neutralidade da ciência do direito estudada pelos seus aplicadores querem fazer a todos acreditar que o direito é um instrumento de justiça que tornará o mundo melhor,

---

<sup>9</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Sobre o papel do direito na sociedade capitalista...**, p. 3.

<sup>10</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Sobre o papel do direito na sociedade capitalista...**, p. 9.

independentemente das contradições estruturais da sociedade em que esteja inserido.

O direito, porém, é utilizado para manter o *statu quo* e suas características são postas em função de um grupo determinado de pessoas, o qual, proprietário da maioria dos imóveis rurais e urbanos do país, exerce seu poder político e econômico sobre os demais para o fim de enriquecer e adquirir cada vez mais bens, promovendo a praticamente qualquer custo a exclusão daqueles que apenas almejam um pedaço de terra para plantar e morar, ou um pequeno imóvel para transformar em seu lar e lhes permitir uma existência adequada junto da família, com acesso fácil aos locais de trabalho.

Assim, porque nível do todo social e não meramente representação da realidade social, o direito é elemento constitutivo do modo de produção e ele próprio condiciona a infraestrutura, ao mesmo tempo em que por ela é determinado: “a estrutura econômica do capitalismo não existiria se não existisse um direito que supusesse regras gerais e sujeitos abstratos, livres e iguais”<sup>11</sup>. Isto porque, segundo a teoria formulada por Eros GRAU, o direito que compõe a superestrutura da sociedade está pressuposto na infraestrutura (que varia de acordo com a cultura de cada modo de produção), onde são encontrados os princípios jurídicos.

Além disso, esse direito que é pressuposto pela sociedade civil e posto pela sociedade política acaba exercendo uma dupla função. A primeira delas é de instrumentalizar o desenvolvimento das relações de mercado<sup>12</sup>, para cuja elucidação cabe o seguinte excerto da obra *O Capital*:

As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. (...) Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portanto cada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma. As

<sup>11</sup> JEAMMAUD, Antoine, *apud* GRAU, Eros, **O direito posto e o direito pressuposto...**, p. 59.

<sup>12</sup> GRAU, Eros, **O direito posto e o direito pressuposto...**, p. 123.

peças aqui só existem, reciprocamente, como representantes de mercadorias e, por isso, como possuidores de mercadorias<sup>13</sup>.

Porém, o direito não instrumentaliza apenas a atuação dos agentes econômicos, o faz também em relação à atividade estatal. Por isso, de acordo com Eros GRAU, os Estados sociais sempre buscaram administrar as crises do mercado através da implementação de políticas públicas que preservassem os direitos burgueses e ao mesmo tempo compensassem as contradições estruturais do sistema capitalista, as quais de tempos em tempos se manifestam nas classes oprimidas<sup>14</sup>.

O autor faz a ressalva de que nos atuais Estados neoliberais essa segunda e importantíssima função do direito para a economia opera de acordo um novo modelo de regulação<sup>15</sup>, algo que pôde ser percebido de maneira bastante clara na recente crise financeira mundial. Para evitar maiores prejuízos aos próprios Estados e às classes dominantes, os governos nacionais passaram a implementar medidas de privatização e desregulamentação em massa para o corte de despesas públicas, aumentando ainda mais as desigualdades sociais.

O estudo que se fará ao longo deste trabalho tem como pressuposto, portanto, a predominância de certas ideologias na racionalidade jurídica da sociedade brasileira, influenciando as interpretações do princípio da função social relativamente à posse e à propriedade. Além disso, as decisões judiciais raramente deixam para trás as tendências que se enraizaram ao longo dos anos na nossa cultura jurídica, assegurando aos proprietários, no mais das vezes, o exercício do seu direito de propriedade sem contrapartida nenhuma para a sociedade, o que precisa ser superado de maneira definitiva pelo judiciário brasileiro.

---

<sup>13</sup> MARX, Karl. **O Capital**. Coleção Os economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 209-210.

<sup>14</sup> GRAU, Eros, **O direito posto e o direito pressuposto...**, p. 124-127.

<sup>15</sup> GRAU, Eros, **O direito posto e o direito pressuposto...**, p. 127-147.

## 1.2 Conflitos possessórios e especulação imobiliária no Brasil

A relação entre as ocupações rurais no Brasil e a injusta e irracional distribuição das terras desde a colonização do país, que culminou na existência de enormes latifúndios e na exclusão de milhões de brasileiros do acesso a terra é evidente, e não pode passar despercebida por quem se proponha a estudar o tema. As próprias ocupações urbanas também se devem, ainda que de modo mais indireto e parcial, à história da propriedade e da posse no país, que levaram um grande contingente de camponeses às cidades, cujas barreiras até hoje lhes forçam a ocupar de maneira caótica os espaços sem utilidade para os interesses especulatórios das classes abastadas.

Ademais, diferentemente do modo como se deu a construção do direito de propriedade abstrato e absoluto nos países da Europa Continental, ou seja, através da ruptura com o sistema feudal, no direito brasileiro esse complexo processo de absolutização do direito de propriedade ocorreu tendo por base o rompimento com a propriedade pública que teve início com a colonização no país por Portugal<sup>16</sup>. Ora, o regime das sesmarias nada mais era do que a concessão a particulares do domínio de terras que pertenciam ao Reino, desde que houvesse exploração pelo sesmeiro. A condição do cultivo, fundamento do direito de propriedade até a Lei de Terras de 1950, para muitos constitui, inclusive, o prenúncio da função social da propriedade no direito brasileiro.

Antes dos portugueses chegarem ao Brasil não havia aqui nenhum regime formal ou costumeiro que estabelecesse a distinção entre propriedade privada e propriedade pública, impondo limites ou estabelecendo formas de proteção. A inexistência de um sistema jurídico-estatal e a desnecessidade de divisão das terras para uso exclusivo por alguém ou um grupo de pessoas eram características marcantes da sociedade de então. Cada tribo indígena entendia seu território segundo sua própria cultura, evidentemente, mas para todas elas, conforme ensina Carlos Frederico MARÉS, “a terra sempre foi um bem coletivo (...). A repartição haveria de ser dos frutos da terra, de tal forma que não faltasse ao necessitado nem sobejasse ao indivíduo”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna...**, p. 122.

<sup>17</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 50.

A despeito de o território brasileiro estar, portanto, ocupado por índios, tratavam-se para os nossos colonizadores de “terras sem dono”. Na prática, contudo, a aquisição das terras brasileiras deu-se por direito de conquista, porque foi necessário ocupá-las e subjugar os povos aqui encontrados, na maioria das vezes através da força<sup>18</sup>. O Rei de Portugal era quem permitia fossem as terras passadas para as mãos de particulares que, através da ocupação com produção e moradia, eram convertidos em pequenos proprietários.

O primeiro regime oficial de distribuição das terras brasileiras foi o das sesmarias, originariamente implementado em Portugal para o fim de incentivar a agricultura e abastecer a população de gêneros alimentícios, tendo em vista especialmente a queda demográfica que ocorreu no ano da Grande Peste (século XIV) e que gerou redução na quantidade de mão-de-obra, aumento dos salários artesanais e êxodo rural<sup>19</sup>. As terras adquiridas pela Coroa através do direito de conquista que exerceu no Brasil eram oferecidas em usufruto, legitimado pelo domínio eminente (decorrente do princípio da soberania), conforme sintetiza Andréa Alves de SÁ<sup>20</sup>.

De acordo com Laura Beck VARELA, o *princípio da obrigatoriedade do cultivo* está bastante relacionado com a mentalidade possessória típica da Idade Média<sup>21</sup> onde, conforme será visto com mais profundidade adiante neste trabalho, os vínculos jurídicos de poder entre as coisas e os indivíduos eram marcados pela efetividade. Além disso, o regime das sesmarias em Portugal, que durante séculos esteve submetido ao regime feudal, evidenciava o caráter não-absoluto da propriedade (na concepção plural do termo), porque sua concessão estava sujeita a revogação, restringida que era pelo fundamento do cultivo.

Essa produtividade, como ressalta a autora, tinha um conteúdo específico que se relacionava à finalidade da Lei das Sesmarias, qual seja a agricultura de gêneros alimentícios para o abastecimento, com grandes restrições à criação de gado, diante das peculiaridades daquele contexto histórico-econômico. Referida legislação, que

---

<sup>18</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 18.

<sup>19</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna...**, p. 21.

<sup>20</sup> SÁ, Andrea Alves de. **Território de uso comum das comunidades tradicionais: uma visão jus socioambiental do criar, fazer e viver dos fundos de pasto da Bahia/Brasil**. (Tese de doutorado – Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2010, p. 28.

<sup>21</sup> SÁ, Andrea Alves de. **Território de uso comum das comunidades tradicionais...**, p. 33.



nunca fora exemplarmente executada e já havia caído em desuso há muito tempo na Coroa, foi recebida sem maiores adaptações pela colônia brasileira, cujo contexto socioeconômico era absolutamente diverso

Segundo o entendimento corrente, este constituiu o passo inicial para a criação dos grandes latifúndios, a despeito da edição eventual de algumas normas que visavam impor limites à extensão das propriedades, sem efetiva observância por parte dos destinatários. Nesse sentido, afirma Marcos TORRES que o sistema das sesmarias, transplantado de Portugal quase sem nenhum retoque, foi um fracasso ante as evidentes diferenças entre ambos os países, especialmente no que tange às dimensões territoriais, tendo gerado efeitos diametralmente opostos: no reino, gerou a pequena propriedade, no Brasil o latifúndio<sup>22</sup>.

Por outro lado, Laura Beck VARELA<sup>23</sup> entende que a estrutura dos núcleos econômicos de produção agrícola foi a circunstância que esteve diretamente relacionada à origem dos grandes latifúndios. Isto porque a forma da agricultura da planagem, que caracteriza os engenhos de açúcar e o cultivo do algodão e do café, exige a grande propriedade de terra, além da mão-de-obra escrava: os primeiros pela sua estrutura de funcionamento e os demais pelo caráter itinerante e pelo rápido esgotamento do solo. De toda sorte, ainda que não tenha sido a principal causa, o regime das sesmarias facilitou em grande parte a existência de enormes extensões de terras incultas, ante a imprecisão dos limites do domínio sesmarial.

A concessão das sesmarias no nosso país, além disso, visava à ocupação, ao desbravamento e à conquista, nada obstante as terras fossem ocupadas por povos indígenas que tinham outras formas de aproveitamento e uso do solo. O objetivo da incorporação dessa legislação, que aqui vigorou por três séculos, era justamente a manutenção da mão-de-obra para a proteção do capital mercantil, conforme ressalta Carlos Frederico MARÉS<sup>24</sup>: o beneficiário viria ao Brasil ocupar as terras, produzindo larga escala de bens de exportação, podendo para tanto escravizar populações indígenas ou africanas.

Aliás, como existiam certas regras para a concessão das sesmarias, relativamente à necessidade de residência nas povoações e ao aproveitamento das

---

<sup>22</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 26.

<sup>23</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna...**, p. 86-89.

<sup>24</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 50.

terras para os sesmeiros, elas só poderiam ser atendidas, diante da extensão das propriedades, através dos escravos. A grande tensão existente dentro do regime sesmarial dizia respeito, portanto, ao valor jurídico da obrigatoriedade do cultivo, resquício ainda do período medieval que caracterizou a história lusa, e à dinâmica própria da nossa economia colonial. O conteúdo dessa produtividade era diverso daquele antigamente aplicado ao fundamento do cultivo em Portugal, porque dizia respeito à produção mercantilista e não à de subsistência<sup>25</sup>.

Ressalte-se que, mesmo diante da permanência por tantos séculos da legislação e do discurso régios nesse sentido, com cada vez mais freqüentes tentativas de limitar a ocupação desenfreada do solo brasileiro, não havia controle nem registro acerca do cumprimento dos critérios que condicionavam essa específica forma de apropriação. Na maioria das vezes eles eram desatendidos, servindo de consolidação do poder do latifúndio, já que “as concessões passaram a ser uma distribuição da elite para si mesma, como exercício do poder e sua manutenção”<sup>26</sup>.

Conclui Laura Beck VARELA:

A ‘*finalidade açucareira*’ imposta às sesmarias pelos interesses mercantis da Coroa está entrelaçada com outro elemento basilar da economia colonial (...): a posse de *escravos*, fator que viabiliza a produção do açúcar para exportação, e que deveria ser comprovado pelo pretendente às terras. O genérico dispositivo das Ordenações, no sentido de que as terras deveriam ser dadas a quem as pudesse aproveitar, oferece respaldo a esses novos elementos que preenchem o conteúdo dominial<sup>27</sup>.

Evidencia-se, portanto, que desde aquela época os critérios para o recebimento das terras brasileiras eram distorcidos. A terra, segundo Marcos TORRES<sup>28</sup>, era o suporte de um poder político e econômico que se baseava principalmente na sujeição da população rural trabalhadora. Já havia, a despeito de toda a imensidão de terras desocupadas, exclusão social do lavrador independente e livre, que deveria, na ótica dos grandes latifundiários, simplesmente trabalhar a terra em favor destes, sem, contudo, direito a um pedaço de terra para sobreviver autonomamente.

<sup>25</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna...**, p. 79.

<sup>26</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 62.

<sup>27</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna...**, p. 81.

<sup>28</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 28.

A despeito das ocupações sem título sempre terem ocorrido, paralelamente ao sesmarialismo, elas eram feitas principalmente por grandes concessionários que visavam ampliar suas áreas de ocupação<sup>29</sup>. Eventualmente, alguns lavradores pobres também logravam ocupar terras para sua própria subsistência, mas nunca em conformidade com a lei. Eram os chamados posseiros, que se mantinham com o seu trabalho e da sua família, cuidando apenas da terra onde morava e cultivava. Porém, eram os latifundiários ricos e influentes que mais abusavam da organização caótica das nossas terras.

Um pouco antes da independência, foi suspensa a concessão de sesmarias, restando reconhecidas como propriedades, contudo, aquelas que tivessem sido dadas de acordo com as leis, além de medidas, lavradas, demarcadas e confirmadas. Carlos Frederico MARÉS, ao tratar do sepultamento definitivo desse instituto com a Constituição Imperial de 1824 afirma que as consequências do regime das sesmarias, contudo, se mantiveram até os dias atuais:

Com a independência e com a Constituição Imperial de 1824, ficou definitivamente sepultado o uso do instituto, mas suas consequências na ideologia da terra como concessão do poder político, da supremacia do título de propriedade sobre o trabalho, se mantiveram até os nossos dias, fazendo com que a lei insistisse, até hoje em considerar o documento da terra mais importante que seu produto ou sua função<sup>30</sup>.

Assim, no período de 1822 a 1850, quando não existia nenhuma lei regulamentando a questão no Brasil, consolidou-se o chamado “regime da posse de terrenos devolutos”, com a prevalência da posse-ocupação sobre a posse-título, configurando aquela o modo de aquisição da propriedade imóvel de terras devolutas. Durante esse vazio legislativo, afirma Marcos TORRES que podiam ser vislumbradas basicamente duas situações fáticas: a grande propriedade latifundiária, fruto de monopólio de fundamento costumeiro, e a pequena propriedade familiar, com posse para cultura de subsistência.<sup>31</sup>

Para o professor Carlos Frederico MARÉS, o termo “regime de posse” é inapropriado, porquanto a posse apenas existia nas terras ainda não apropriadas

---

<sup>29</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 55-56.

<sup>30</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 63.

<sup>31</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 63.

individualmente pela confirmação das sesmarias<sup>32</sup>. Na verdade o que existiu durante esse período de ausência de legislação acerca da aquisição de terras foram ocupações, consideradas clandestinas e ilegítimas, porque as pessoas simplesmente ocupavam terras vazias, tornando-as produtivas, sem nenhum reconhecimento por parte do Governo. Pelo contrário, na medida do possível a ação dos pequenos posseiros era reprimida e coibida pelo aparato estatal.

Diante da necessidade de implementação de um regime jurídico que tratasse da distribuição das terras no Brasil de modo compatível com os interesses das classes dominantes, a partir da autoridade estatal e do reconhecimento pleno da propriedade privada nos moldes liberais, bem assim para reprimir as “ocupações territoriais desordenadas”, os legisladores brasileiros lograram editar, no ano de 1950, a Lei de Terras. Como afirma Laura Beck VARELA, era “grande o número de sesmarias não demarcadas, nem registradas, nem confirmadas”<sup>33</sup>, a despeito das diversas legislações esparsas que buscaram, até a metade do século XVIII, organizar o cenário da distribuição territorial no Brasil através das exigências de demarcação, registro e confirmação.

Objetivava a Lei de Terras, portanto, sepultar o apossamento como modo de aquisição, regulamentando a aquisição das terras devolutas através da compra e venda, e romper com o princípio do cultivo, incompatível com a fórmula jurídica abstrata na qual se procurava enquadrar a propriedade. A introdução, ainda que gradativa, das relações capitalistas de produção na América Latina tinha por pressuposto a propriedade privada absoluta e a possibilidade de sua mercantilização, cuja renda vinha substituir o capital obtido com o trabalho escravo então em crise<sup>34</sup>, com a ressalva de que a tendência da capitalização da terra não foi uniforme em todo o país.

A proibição do apossamento das terras devolutas visava limitar o acesso dos pequenos lavradores (escravos abolidos e imigrantes pobres) às propriedades públicas, impondo inúmeras sanções aos que assim o fizessem. Nas palavras de Marcos TORRES, “o trabalhador foi banido da terra”<sup>35</sup>, pois era obrigado a trabalhar para os outros a fim de sobreviver e conseguir juntar, quando possível, dinheiro do

---

<sup>32</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 66.

<sup>33</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna...**, p. 106.

<sup>34</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna...**, p. 128-129.

<sup>35</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 93.

seu salário, destinando-o à compra de um próprio pedaço próprio de terra. Outra medida de caráter segregacionista consistiu na instituição do preço mínimo para as vendas das terras devolutas, criando a propriedade mercantil da terra e impedindo o acesso imediato do assalariado à propriedade das terras<sup>36</sup>.

Por fim, ao analisar a questão do fundamento do cultivo relacionado a Lei de Terras, a autora Laura Beck VARELA afirma que, embora tenha havido a descaracterização deste como um princípio, paradoxalmente passou a servir como critério para distinguir as terras devolutas das não-devolutas – é a ausência do cultivo que determina o caráter devoluto das terras –, além de legitimar apropriações anteriores à vigência da lei (especialmente aquelas originárias do chamado “regime das posses” e as sesmarias não revalidadas)<sup>37</sup>. O efetivo cultivo e a morada apenas deixaram de ser elementos do direito de propriedade que, nessa nova sistemática, é marcado por forte abstração, para atribuir valor à função social da posse, mesmo que não nos termos hoje propostos pela doutrina.

Marcos TORRES faz a ressalva, quanto ao reconhecimento incondicional da propriedade do posseiro sobre o terreno ocupado com cultura efetiva ou com princípio de cultura, que não houve efetiva inclusão dos pequenos produtores na classe dos proprietários, porque a obtenção do título de propriedade pelos possuidores, necessário inclusive para a obtenção de financiamentos, lhes custava um preço muitas vezes inacessível<sup>38</sup>, mantendo-se o processo de exclusão que teve início com a implantação do regime das sesmarias no Brasil. A Lei de Terras claramente protegia os interesses de um grupo econômico-social específico, conforme se depreende da sucinta descrição feita por Andréa Alves de SÁ:

A Lei de Terras consistiu na regulamentação do acesso a terra para os nacionais e estrangeiros, por meio do estancamento do processo de apossamento e atuando como chamariz para os imigrantes pela venda de terras devolutas em pequenos lotes. A lei representou um marco nas relações entre o senhorio rural e o Estado, e iria constituir, ao longo do tempo, em uma transformação da garantia dos negócios, antes baseada no escravo, para um bem imóvel – a terra – a tornando passível de ser uma moeda de troca mais duradoura e confiável<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 132.

<sup>37</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 154-156.

<sup>38</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 85.

<sup>39</sup> SÁ, Andrea Alves de. **Território de uso comum das comunidades tradicionais...**, p. 40.

De todo o exposto, conclui-se, na esteira da constatação feita por Marcos TORRES, que a legislação de 1850 fez uma opção clara pela instituição da propriedade como reguladora da “relação” homem-terra, nos moldes do liberalismo<sup>40</sup>, iniciando uma fase nova no direito civil brasileiro. Após a Constituição Federal de 1891, as terras devolutas passaram para domínio dos Estados, os quais editaram suas próprias leis de terras com a finalidade de evitar a formação de latifúndios<sup>41</sup>, permanecendo vigente, contudo, a Lei de Terras de 1950. O Código Civil de 1916, como já afirmado anteriormente, veio consolidar a propriedade moderna no Brasil, na sua noção abstrata e absoluta, com o respaldo da doutrina civilista de inspirações liberais.

A partir da absolutização da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, com a exclusão de quaisquer elementos sociais, tais como o cultivo e a moradia, que pudessem legitimar os apossamentos, a situação dos trabalhadores que ocupavam pequenas quantidades de terras tornou-se instável. Além disso, a legislação de 1850 dificultou o acesso à propriedade fundiária “porque deliberadamente aumentou o valor da terra mantendo intocada a estrutura de apropriação imobiliária estabelecida desde o regime das sesmarias”<sup>42</sup>. Por outro lado, a implementação das relações capitalistas de produção no Brasil exigia propriedades rurais cada vez mais extensas e mecanizadas para o desenvolvimento da agricultura de exportação, reduzindo a quantidade de postos de trabalho no campo.

A escassez do trabalho rural e o grande exército de reserva que se formou a partir dessas circunstâncias tornaram indignas as condições de trabalho impostas em especial aos assalariados rurais. Além disso, muitos acabaram expulsos das suas próprias terras pela violência da grilagem e pela concentração de terras típica do capitalismo. Assim, lutando pela própria sobrevivência e pela concretização dos seus direitos fundamentais através do trabalho, do cultivo e da moradia, passaram a ocupar terras agricultáveis não utilizadas, deixadas como reserva de valor pelos seus titulares.

---

<sup>40</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 88.

<sup>41</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 101.

<sup>42</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 131.

Os dados oficiais acerca da concentração de terras nas mãos de poucos latifundiários, em contraposição às necessidades da população mais pobre, são alarmantes. De acordo com o relator da CPMI da Terra, dados oficiais apontam que “1,6% dos proprietários com imóveis acima de mil hectares detêm 46,8% do total da área cadastrada pelo INCRA no Brasil. Por outro lado, mais de três milhões de famílias de trabalhadores rurais não têm terra para viver e trabalhar”<sup>43</sup>. Continua o então Deputado Federal, esclarecendo que “as grandes propriedades declaradamente improdutivas totalizam cerca de 133 milhões de hectares, ao passo que a estimativa de terras devolutas chega ao número aproximado de 172 milhões”<sup>44</sup>.

Constata-se, portanto, a partir das considerações feitas por Fabio Konder COMPARATO, no prefácio ao livro em que foram resumidos e comentados os resultados obtidos com a CPMI da Terra, que foi graças à farta distribuição de sesmarias e à organização da economia colonial no sentido da monocultura de exportação que o território brasileiro restou partilhado em grandes propriedades rurais individuais<sup>45</sup>. Não é demais afirmar, ainda, que esses territórios constituem expressão máxima da concentração de poder nas mãos das classes dominantes, em detrimento dos interesses da população mais pobre.

A estas circunstâncias referentes ao meio rural, deve ser somado o processo de urbanização no Brasil, que ocorreu no século XX. Após a revolução de 1930, a regulamentação do trabalho urbano, as políticas de incentivo à industrialização, a construção da infra-estrutura industrial, dentre outras medidas, reforçaram o movimento migratório campo-cidade<sup>46</sup>. Segundo dados do Censo Demográfico 2000, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o Brasil se tornou um país essencialmente urbano: naquele ano, 81,2% da população residia nas cidades e apenas 18,8% nas regiões rurais<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> MELO, João Alfredo Telles (org.). **Reforma Agrária Quando?** CPI mostra as causas da luta pela terra no Brasil. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 25.

<sup>44</sup> MELO, João Alfredo Telles (org.). **Reforma Agrária Quando?...**, p. 27-28.

<sup>45</sup> MELO, João Alfredo Telles (org.). **Reforma Agrária Quando?...**, p. 14.

<sup>46</sup> MARICATO, Ermínia. **Metrópole, legislação e desigualdade**. Estudos Avançados, São Paulo - IEA USP, v. 17, n. 48, 2003, p. 152.

<sup>47</sup> **Comentários aos resultados do Censo Demográfico de 2002**. Disponível em: < [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/indicadores\\_sociais/comentarios.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/indicadores_sociais/comentarios.pdf)>. Acesso na data de 02/10/2010.

Mas o despreparo urbano para a chegada de vasto contingente populacional intensificou a falta de habitação que já era verificável nas cidades ante a inexistência de políticas públicas direcionadas às classes mais pobres, forçando boa parte da população a ocupar terrenos e imóveis vazios em áreas periféricas, sem qualquer acesso aos serviços e infra-estrutura urbanos. Aliás, a maioria das grandes cidades brasileiras cresceu à margem da lei devido à migração da população do campo e à ausência de planejamentos urbanos efetivamente democráticos e preocupados em permitir o acesso de todos à moradia adequada nas cidades.

Segundo Francisco OLIVEIRA, a migração campo-cidade é um dos fatores que ainda hoje constitui obstáculo de desenvolvimento econômico para o país. Explica:

A relação entre a falta de qualificação profissional do migrante e a acumulação insuficiente de capital, tanto na agricultura como na indústria, que reduz a capacidade de geração de empregos, são fatores determinantes do subdesenvolvimento econômico que explicam, pelo menos em parte, o fenômeno da marginalização social e o surgimento de favelas nas grandes cidades brasileiras<sup>48</sup>.

O autor citado, ainda, utiliza-se das obras de Henri LEFEBVRE e Mark GOTTDIENER para analisar o processo de urbanização a partir da teoria da produção social do espaço urbano, afirmando que o capitalismo fez uso do espaço urbano como força produtiva, como mercadoria apta a contribuir para a própria sobrevivência do modo de produção capitalista<sup>49</sup>. Assim, os problemas dos usuários do espaço e os conflitos em torno da sua apropriação decorrem da articulação complexa entre forças econômicas, políticas e culturais no âmbito urbano.

De acordo com Elaine Adelina PAGANI, esta situação é favorecida pelo embate entre dois interesses: os interesses econômicos dos proprietários, que não vêem no processo de urbanismo um investimento com retorno lucrativo, e os interesses dos não-proprietários, que lutam pela concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, através de prestações estatais, especialmente no que diz respeito ao direito à moradia<sup>50</sup>, concretizadora de uma existência minimamente digna à população.

---

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 139.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 134.

<sup>50</sup> PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 197-198.



Segundo a elucidativa análise feita por Ermínia MARICATO, os não-proprietários “foram excluídos do mercado imobiliário privado e, freqüentemente, buscaram a favela como forma de moradia”<sup>51</sup>. A própria legislação urbana contribuiu para a segregação espacial ora analisada, já que subordinou certas áreas da cidade ao capital imobiliário, acarretando a expulsão da massa trabalhadora pobre do centro da cidade. A ocupação urbana em áreas de loteamento irregular ou em imóveis abandonados acaba sendo tolerada pelo poder público, pois, de acordo com a arquiteta, “a lógica concentradora da gestão pública urbana não admite a incorporação ao orçamento público da imensa massa, moradora da cidade ilegal, demandatária de serviços públicos”<sup>52</sup>.

Nada obstante, cerca de 6 milhões de imóveis no Brasil estão vazios<sup>53</sup> – mesmo diante do déficit habitacional e dos inúmeros conflitos possessórios que decorrem das ocupações irregulares –, à espera de valorização decorrente do próprio desenvolvimento da cidade, sem que nenhum investimento tenha sido feito pelo proprietário. Ora, a retenção especulativa de imóveis numa cidade força a criação de loteamentos em regiões periféricas sem nenhuma infra-estrutura, ocasionando o aumento no valor dos imóveis localizados em outras regiões consideradas “melhores”. Toda essa lógica da retenção especulativa de terrenos e domicílios acaba aumentando as distâncias entre habitação e emprego, tornando ainda piores as condições da população de baixa renda.

Acerca da ausência de moradias no Brasil, destaque-se que “o déficit habitacional (...) não é resultado da falta física de imóveis no meio urbano, mas sim da tímida aplicação de políticas públicas urbanas pelo Estado”<sup>54</sup>, cujo intervencionismo ao longo do século XX apenas serviu para embelezar as cidades para as classes mais ricas ou reprimir a população carente com o argumento de manter a “ordem sanitária”<sup>55</sup>. Os aspectos quantitativo e qualitativo aos quais Elaine PAGANI faz menção dizem respeito ao fato de que o déficit habitacional não é mensurável apenas a partir da quantidade numérica de habitações em falta, mas também considerando as moradias irregulares, clandestinas e improvisadas.

<sup>51</sup> MARICATO, Ermínia. **Metrópole, legislação e desigualdade...**, p. 153.

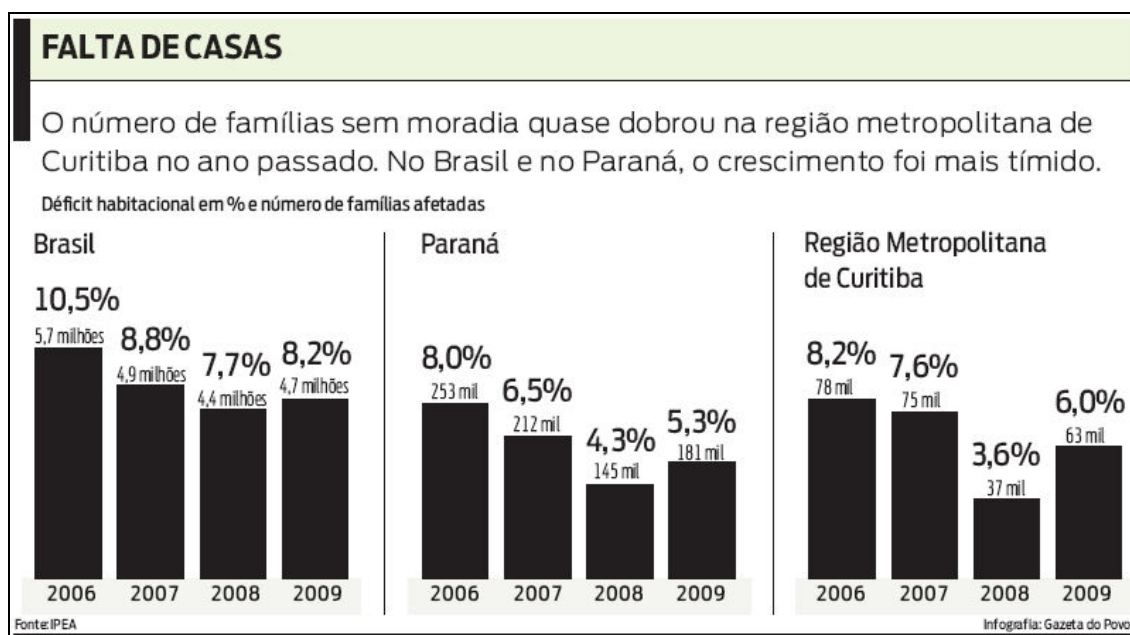
<sup>52</sup> MARICATO, Ermínia. **Metrópole, legislação e desigualdade...**, p. 157.

<sup>53</sup> DEL RIO, Manoel. **Moradia: um direito, uma luta**. Disponível em: <<http://www.social.org.br/relatorio2003/relatorio033.htm>>. Acesso na data de 27/09/10.

<sup>54</sup> PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia...**, p. 199.

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 136.

Por outro lado, dados recentes do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), divulgados pelo Jornal Gazeta do Povo em notícia veiculada na data de 21/09/2010<sup>56</sup>, revelam que a falta de habitações no Brasil atingiu 4,7 milhões em 2009. Na região metropolitana de Curitiba saltou de 37 mil para 63 mil residências entre 2008 e 2009:



**Gráfico 1: “Falta de casas”**

**Fonte:** IPEA

**Infografia:** Jornal Gazeta do Povo

Não se pode considerar normal o fato de 4,7 milhões de famílias no Brasil não terem onde morar, nem unicamente um problema social provocado pelo crescimento acelerado das cidades nas sociedades capitalistas. É claro que, conforme já exposto, o êxodo rural e o despreparo das cidades intensificaram os problemas urbanos, mas, conforme ressalta Boaventura de Sousa SANTOS, a questão urbana se refere primordialmente e de maneira imediata às relações de reprodução de força de trabalho<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> **Sem direito à moradia digna**, reportagem veiculada no Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www3.rpc.com.br/portal/gazetadopovo/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1048595>>. Acesso na data de 22/09/10.

<sup>57</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, o direito e a questão urbana..., p 74.

Segundo o renomado doutrinador, as despesas com os meios de consumo coletivo (bens e serviços indivisíveis, como habitação, saneamento, água e eletricidade, tipo de construção e sua localização, etc.), apesar de serem condição necessária para a reprodução do capital no seu todo, são improdutivas do ponto de vista do capital, por isso a resolução destes problemas é transferida para o Estado através de um processo de dissociação dos problemas e dos custos das suas causas reais<sup>58</sup>. A atuação do Estado, nesse aspecto, é lamentável:

A distinção entre o conceito social de necessidade de habitação e o conceito de procura solvente de habitação ilustra o processo por que extensas camadas das classes trabalhadoras são lançadas em “habitações subnormais”, os guetos, bairros da lata, favelas etc., das cidades capitalistas, mais numerosos e conspícuos nos países menos desenvolvidos, mas presentes em todo o mundo capitalista (...).

Indispensável, desta feita, que a questão habitacional nas grandes cidades seja analisada tendo em mente o fato de que a cidade capitalista expressa, no plano territorial, a socialização contraditória das forças produtivas do modo de produção capitalista<sup>59</sup>. Ou seja, não foi só o processo de urbanização que definiu a exclusão das classes mais pobres do acesso à moradia, mas principalmente o desinteresse das classes dominantes no consumo coletivo e o lucro que auferem os proprietários com a monopolização sobre a decisão de cedência ou não do uso do solo a especuladores.

---

<sup>58</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, o direito e a questão urbana..., p. 65-66 e 75.

<sup>59</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, o direito e a questão urbana..., p. 37.

## 2 PROPRIEDADE E PROPRIEDADE(S)

### 2.1 Posse e propriedade(s) pré-modernas

Apesar de a história da propriedade e da posse no direito brasileiro ser bastante peculiar, conforme já demonstrado, tendo influenciado de maneira direta a distribuição injusta de terras e o déficit habitacional no país, ocasionando ocupações urbanas e rurais cuja legitimidade gera controvérsias na doutrina e na jurisprudência pátrias, mister o estudo das concepções teóricas pré-modernas e modernas acerca das relações de pertencimento. Isto justamente porque nossas doutrina e legislação são fortemente influenciadas pelas européias, cuja origem é determinada pelos momentos históricos ali vividos.

Antes, porém, de tratar da reflexão jurídica medieval especificamente no que diz respeito a esse tema, curial explicitar, de maneira sucinta, as características desta sociedade tão ímpar, que fizeram surgir uma ordem jurídica não menos peculiar. A organização social da primeira Idade Média, afirma Sérgio STAUT JR com supedâneo nas lições de António Manuel HESPANHA e Paolo GROSSI, valorizava o coletivo em detrimento do individual. Por isso inexistia “a figura do indivíduo livre e autônomo, construtor e senhor do seu mundo”<sup>60</sup>, algo tão caro para a modernidade.

Conforme ensina Antonio Carlos WOLKMER, ao contrário da sociedade moderna, “centrada no interesse do espaço privado e da ética da racionalidade liberal-individualista, o pensamento ideológico medieval é calcado na concepção ‘corporativa’ da vida social, valorizando os fenômenos coletivos e os múltiplos corpos sociais”<sup>61</sup>. Isso significa inclusive que as coisas e os acontecimentos factuais tinham um valor em si, independentemente do valor do homem abstratamente considerado.

Ademais, o poder político da sociedade medieval era descentralizado, favorecendo o surgimento de um direito autônomo e plural. Justamente porque os

---

<sup>60</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. (Tese de doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2009, p. 31.

<sup>61</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001, pág. 27.

poderes eram fragmentados e não havia um Estado que centralizasse a produção do direito, ele se desenvolveu nos estratos sociais mais profundos e de maneira diversa em cada região, razão pela qual aos medievos a dimensão jurídica era tida mais como auto-organização e, portanto, aceita como algo natural<sup>62</sup>.

Importante esclarecer que o fato de a experiência jurídica medieval ter sido plural e valorizado a praxe consuetudinária não quer dizer que houve a inclusão da classe mais pobre na produção da cultura jurídica local. Em verdade, afirma WOLKMER, tais peculiaridades acabaram por legitimar a hierarquia social estabelecida nas distinções entre clero, nobreza e campesinato<sup>63</sup>.

Já no seu segundo período histórico, o direito medieval se desenvolveu de maneira mais científica. Com o crescimento populacional e econômico, a paisagem estática do primeiro medieval passou a ser substituída por outra mais dinâmica<sup>64</sup> e por isso mesmo mais complexa, o que favoreceu a construção e a consolidação do *ius commune* pelos glosadores e comentadores, a partir do direito romano justiniano.

Ora, se antes o direito romano exercia um papel tímido na regulamentação da sociedade medieval, mitigado, imobilizado e vulgarizado, agora assume especial importância para os estudiosos dessas duas escolas do pensamento jurídico. De acordo com Sérgio STAUT JR<sup>65</sup>, a chamada “escola dos comentadores” se diferenciou da “escola dos glosadores”, historicamente precedente, por ter buscado elaborar uma “dogmática” jurídica que tivesse aplicação prática e consentânea com as necessidades da época.

Ressalte-se que o *ius commune* não se formou tão-somente a partir do direito romano. Aduz Paolo GROSSI, nesse sentido, que tal ordem jurídica é denominada direito comum “seja porque a sua projeção geográfica era comum a todas as terras civilizadas, realizando uma espécie de unidade jurídica européia, seja porque constituía a absorção da sapiência jurídica romana e canônica”<sup>66</sup>.

Quanto à influência dos teólogos na construção do direito comum, não é demais lembrar que a Igreja Católica ocupou um espaço muito importante na Idade

---

<sup>62</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 34.

<sup>63</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico...**, p. 28.

<sup>64</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 37.

<sup>65</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 40.

<sup>66</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 45-46.

Média, especialmente em razão do poder que conquistou ao longo daqueles séculos. A sociedade medieval era essencialmente religiosa e, portanto, influenciada de modo inevitável por essa extensa organização social que atingiu seu auge no segundo medievo, junto com a consolidação do direito comum medieval.

Assim, o direito canônico e o direito romano justinianeu eram as fontes principais do *ius commune*, cuja concretização ocorreu a partir do trabalho científico de inúmeros juristas e intérpretes daquela época com base nos textos antigos e a partir dos fatos novos que então foram surgindo<sup>67</sup>, tais como o renascimento do comércio e o ressurgimento e fortalecimento das cidades.

Feita essa análise geral, fica mais fácil compreender porque as relações de pertencimento na Idade Média nem perto estão de se enquadrar nos esquemas e definições tradicionais de posse e propriedade. Ora, se para a sociedade daquele período histórico os acontecimentos factuais e as relações homem-terra eram tão importantes, evidente que os vínculos jurídicos de poder entre o bem e a pessoa seriam caracterizados pela efetividade e pela incisividade.

Daí porque muitos autores, dentre eles Paolo GROSSI, afirmam que a idade média é uma “grande civilização possessória”. O adjetivo “possessório” deve ser entendido, porém, no sentido de equivaler a algo econômica e socialmente efetivo, prescindindo de formalidades. Nas palavras do historiador do direito, “a oficina altomedieval reduz a propriedade a mero signo cadastral e constrói um sistema de situação reais fundado não no *dominium* e tampouco nos *dominia* mas em múltiplas posições de efetividade econômica sobre o bem”<sup>68</sup>.

É por esta razão também que se afigura perfeitamente aplicável no presente estudo histórico a noção plural de propriedade, em consonância com a própria pluralidade de ordens jurídicas medievais, onde eram inúmeras as situações de poder efetivo sobre os bens. Salvatore PUGLIATTI<sup>69</sup>, ao cunhar a expressão “a propriedade e as propriedades” há mais de meio século pretendeu, justamente, relativizar a noção e o instituto da propriedade, tendo em vista as suas fundações estruturais.

---

<sup>67</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 43.

<sup>68</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 14.

<sup>69</sup> PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano, 1954, p. 145 e segs. *Apud* GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 3.

Ao tratar do tema, porém, Paolo GROSSI faz algumas ressalvas, e afirma que o termo “propriedades” deve ser utilizado apenas como uma convenção verbal, porque a relatividade que propõe é incompleta: querendo ou não está relacionado à propriedade singular. Além disso, “as propriedades não serão nem podem ser insersíveis em compartimentos pré-fabricados”<sup>70</sup>, ou seja, o modelo de propriedade moderno não é único e não deve servir para a compreensão de todas as propriedades que já existiram, especialmente da pré-moderna, até porque a relação de pertencimento individual não é típica da Idade Média.

Concretamente, a pluralidade medieval de propriedade era verificável também através da “rede de proprietários”, em que um nobre poderia ser, ao mesmo tempo, vassalo de um senhor e suserano de outro, conforme afirma Angela Cassia COSTALDELLO<sup>71</sup>. Por isso poderia existir mais de um “proprietário” sobre o mesmo bem, cujo protagonismo econômico permitia fossem tais situações tuteladas pelo ordenamento.

Esse é, de modo geral, o panorama das relações de pertencimento no direito medieval, não se olvidando, contudo, algumas diferenças entre a alta e a baixa Idade Média, notadamente no que diz respeito à sistematização e cientificação dessas situações reais pelos pensadores do segundo período. Neste, a aparência, o uso, o gozo e o exercício tornaram-se a fonte e o conteúdo de inúmeras ordens jurídicas atípicas, “marcadas por um intenso enraizamento no real”<sup>72</sup>.

A partir disso, o *dominium* romanístico foi alterado e dividido, passando a abranger as noções de *dominium directum*, que ressalta a titularidade do bem, e *dominium utile*, que evidencia as suas utilidades e as atividades exercidas sobre ele<sup>73</sup>. Dentro do contexto histórico da época, isso se justifica porque os pequenos proprietários viram a necessidade de se submeter aos grandes proprietários, os quais, diante das ameaças de invasão típicas da Idade Média, poderiam lhes fornecer ao menos alguma segurança. Sobre o tema, comenta Orlando Gomes:

---

<sup>70</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 20.

<sup>71</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **As transformações do regime jurídico da propriedade privada: a influência do direito urbanístico**. In Revista de da Faculdade de Direito da UFPR, 2006, p. 153.

<sup>72</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 46.

<sup>73</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 48.

A propriedade medieval caracteriza-se pela quebra desse conceito unitário. Sobre o mesmo bem, há concorrência de proprietários. A dissociação revela-se através do binômio domínio eminente + domínio útil. O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem e recebe, em troca, serviços ou rendas. Quem tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade, uma propriedade paralela<sup>74</sup>.

Paolo GROSSI destaca que o termo domínio útil traz em si uma contradição, entre os âmbitos de soberania do indivíduo e de terrestriedade das coisas<sup>75</sup>, o que, no fundo, foi uma solução bastante interessante da práxis medieval, em perfeita conformidade com a ausência de diferenciação essencial entre pessoas e coisas, típica daquele momento histórico.

Afirma Sergio STAUT JR:

Com noções muito abrangentes sobre o que eram as coisas e com a ampliação do conceito de domínio, a própria idéia de e daquilo que poderia ser possuído é ampliada. (...) Destaca-se, ainda, que o direito comum transformou em coisas várias entidades que não compõem realidades empíricas materiais e estendeu a proteção possessória para elas, alargando a idéia de posse e de proteção possessória<sup>76</sup>.

A partir do estabelecimento dos Estados Nacionais e da ruptura dos vínculos entre soberanos e vassalos, têm início freqüentes embates entre nobreza e clero e burgueses acerca do uso e da posse da terra, além da destinação do solo, tendo em vista a nova situação econômica européia<sup>77</sup>. Dessa forma, altera-se toda a mentalidade jurídica que, antes costumeira e enraizada no factual, agora sofre a influência de toda uma renovação antropológica e ideológica.

De todo o exposto, forçoso concluir que a ferrenha defesa da propriedade moderna por alguns intérpretes e juristas da atualidade não se justifica pelo argumento histórico, porquanto suas características mais cultuadas não são um dado presente em todas as estruturas sociais que já existiram no mundo ocidental. Pelo contrário, a mentalidade de cada povo no que diz respeito às relações de pertencimento varia de acordo com a cultura jurídica do seu tempo e com as novas realidades sociais prementes de tratamento que seja contemporâneo.

<sup>74</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 101-102.

<sup>75</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 50.

<sup>76</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 50-51.

<sup>77</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **As transformações do regime jurídico da propriedade privada...**, p. 153.



## 2.2 Propriedade moderna

A mentalidade jurídica pré-moderna, estudada anteriormente, foi sendo alterada a partir do século XIV até a metade do século XIX, quando de fato ocorreu uma verdadeira reviravolta na compreensão das relações de pertencimento, com a construção daquela que hoje conhecemos como propriedade moderna, insuficiente para satisfazer as necessidades reais de todos os cidadãos. Favoreceram essa transformação o surgimento da classe burguesa e as conseqüências do seu protagonismo econômico, além do desenvolvimento teórico de toda uma racionalidade individualista.

Nesse ambiente renovado, pessoas que detinham domínio útil e passaram a ter dinheiro para plantar compravam dos nobres a propriedade ou a posse da terra, ou, ainda, cercavam as áreas, fazendo surgir a propriedade unitária. Além disso, também surgiu a característica urbana da propriedade, que se tornou objeto da mercancia<sup>78</sup>, a qual era realizada, em sua maioria, pela classe burguesa. Estes negociantes preferiam condicionar o uso da terra à construção de moradias e edifícios e não mais ao cultivo para a sobrevivência.

Acerca destas alterações no plano social e econômico, que tiveram origem no embate entre a propriedade feudal e o desejo de liberdade da população, Leo HUBERMAN afirma que surgiu também uma nova concepção de propriedade agrária, pois a partir da liberdade que fora conquistada após muitas revoltas, os camponeses passaram a vender ou legar sua terra<sup>79</sup>. Nas palavras do autor, ainda, “o fato de que a terra fosse assim comprada, vendida e trocada livremente, como qualquer outra mercadoria, determinou o fim do antigo mundo feudal”<sup>80</sup>.

No plano antropológico houve, como afirma Paolo GROSSI<sup>81</sup>, uma desilusão em relação às coisas, as quais, percebeu-se, não mais garantiam a sobrevivência do homem, o que ocasionou o rompimento da estabilidade do ordenamento medieval. Na ordem moderna, ressalta o historiador do direito, o real será somente um reflexo de algo que já existe internamente no indivíduo e a compreensão jurídica sobre os

---

<sup>78</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia. **As transformações do regime jurídico da propriedade privada...**, p. 153.

<sup>79</sup> HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 61.

<sup>80</sup> HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem...**, p. 61.

<sup>81</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 63.

vínculos entre bens e pessoas terá como ponto de partida o próprio indivíduo e sua vontade.

Alguns dos mais importantes teólogos e filósofos da época influenciaram, através de reflexões voluntaristas e individualistas, essa compreensão jurídica completamente diferente. Segundo Sergio STAUT JR<sup>82</sup>, Guilherme de Ockham (séc. XIV), junto com outros “nominalistas”, como restou denominada essa corrente de pensamento, já desprezava o geral em benefício do singular. Para ele, não haveria natureza humana ou das coisas e, por isso, não haveria também direitos naturais. Assim, o conhecimento realmente perfeito e adequado à realidade seria o individual, inexistindo outros direitos ou deveres que não aqueles decorrentes da sua natureza individual ou da sua própria vontade<sup>83</sup>.

Também a reflexão franciscana sobre a pobreza tem papel importante nesse momento. Francisco de Assis (séc. XIII) organizou e liderou um movimento que se contrapunha aos excessos eclesiásticos e respondia diretamente à desigualdade sócio-econômica que a cada momento se tornava maior e mais evidente nas novas cidades. Segundo Guilherme de Okham, o fato de os franciscanos não serem titulares de direitos reais sobre bens significava justamente que o direito não decorria da coisa em si e sim da vontade e do poder do indivíduo, que poderia desejar não ser proprietário de algo, mesmo que o utilizasse concretamente. Afirma Sergio STAUT JR que esse pensamento colaborou para a noção do indivíduo como um ser “desprendido e liberado da realidade que o cerca”<sup>84</sup>.

Por fim, mas não menos importante, o individualismo possessivo de John LOCKE ajudou a consolidar a base filosófica para a conformação da propriedade moderna. Sua teoria, bastante peculiar e aparentemente permeada de contradições, atribuía ao indivíduo a propriedade natural de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades, nada devendo à sociedade por elas. Porém, a individualidade dos proprietários, qualificados integrantes da sociedade civil, somente poderia ser exercida à custa da individualidade dos outros, algo que possui um quê de coletivismo segundo o entendimento do inglês Crawford MACPHERSON<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 53.

<sup>83</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 54.

<sup>84</sup> STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 55-56.

<sup>85</sup> MACPHERSON, Crawford Brough. **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke** (trad. Nelson Dantas). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 267.

Segundo John LOCKE, a propriedade é um direito natural, anterior à própria formação da sociedade civil e do Estado, que dá origem a todos os outros direitos, dentre eles a liberdade e a vida. A grande finalidade do contrato social seria justamente a preservação desses direitos<sup>86</sup> a partir do consentimento da maioria, inclusive com relação aos meios e ao uso do dinheiro para a acumulação de terras. Por existir desde quando os homens ainda viviam em estado de natureza, o direito de propriedade, na concepção do contratualista, deve ser meramente declarado pelos ordenamentos, não podendo sofrer restrições.

O filósofo Norberto BOBBIO observa que, para LOCKE, o direito de propriedade é um direito natural justamente porque não deriva da lei e do estado, nem de um livre acordo entre indivíduos no estado de natureza, mas “surge de uma atividade pessoal do indivíduo”<sup>87</sup>, que é o trabalho. Tal compreensão se baseia na circunstância de que a primeira propriedade do indivíduo é sobre o seu próprio corpo e depois sobre sua força de trabalho.

Tanto que, para LOCKE, o trabalho de um homem é tão propriedade sua que ele pode vendê-la livremente, ou seja, pode de maneira inquestionável se dispor a fazer um serviço para outra pessoa em troca de salário<sup>88</sup>. Assim, o uso da força de trabalho gerará propriedade também sobre os bens de consumo retirados da natureza ou cambiados. Elucidante o seguinte excerto de sua obra:

Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e em qualidade<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> MACPHERSON, Crawford Brough. **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke...**, p. 259.

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 38.

<sup>88</sup> MACPHERSON, Crawford Brough. **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke...**, p. 227.

<sup>89</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 98.

John LOCKE ainda exemplifica, dizendo:

A superfície da terra que um homem trabalha, planta, melhora, cultiva e da qual pode utilizar os produtos, pode ser considerada sua propriedade. Por meio do seu trabalho, ele a limita e a separa do bem comum<sup>90</sup>.

No plano ideológico-econômico, já tomavam forma os primeiros pensamentos acerca do comércio livre, cuja principal expressão foi o lema *laissez-faire*. Os liberais, na esteira do que já defendera John LOCKE, “acreditavam, acima de tudo, na inviolabilidade da propriedade privada, particularmente na propriedade privada da terra. Por isso, acreditavam na liberdade – o direito do indivíduo fazer de sua propriedade o que melhor lhe agradasse, desde que não prejudicasse a outros”<sup>91</sup>.

A coerência de todos esses pensamentos favoreceu, então, o estabelecimento de uma noção completamente nova de propriedade. Se a propriedade medieval era complexa e marcada pelo factual e pela efetividade, a propriedade moderna passou a ter como qualidade essencial a simplicidade, que desvinculava a coisa da sua realidade objetiva para ligá-la ao sujeito<sup>92</sup>. No lugar dos *dominium directum* e *dominium utile* ressurgia a idéia de *dominium sui*, que se refere justamente à interiorização do *dominium* num indivíduo voluntarista cuja primeira propriedade é exercida sobre si mesmo.

Daí também o caráter absoluto e abstrato da propriedade moderna, que se distanciou de todos os outros direitos reais a partir do momento em que foi elevada a um plano ético em que se descartava qualquer contaminação por conteúdos econômicos, dos quais eram repletas as demais estruturas<sup>93</sup>. Aduz Paolo GROSSI que apesar da propriedade acabar constituindo uma síntese desses poderes, seu conteúdo não é determinável: “o direito real limitado é aqui somente um acidente que pode interferir na sua vida, porém sempre do exterior e sempre e somente sobre a projeção da eficácia sem nenhuma possibilidade incisiva sobre o monólito proprietário”<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos...**, p. 99.

<sup>91</sup> HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem...**, p. 149.

<sup>92</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 67-68.

<sup>93</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 70.

<sup>94</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 82.

Importante, nesse momento, fazer também um paralelo da ordem jurídica moderna com a medieval, consideradas em seu todo, não se olvidando que o processo histórico de elaboração da mentalidade jurídica moderna foi longo, contraditório e difuso. Uma das características da ordem jurídica medieval que mais salta aos olhos nos estudos históricos a respeito é a sua pluralidade, que tinha origem principalmente no fato de o poder político da época ser descentralizado, o que, aliás, já foi ressaltado anteriormente neste trabalho.

Nesse sentido, afirma Antonio Carlos WOLKMER que o declínio do feudalismo, os interesses absolutistas da monarquia e as novas necessidades de regulamentação das práticas mercantis burguesas estiveram intimamente ligados ao surgimento da moderna doutrina do monismo jurídico<sup>95</sup>. A partir da necessidade de um centro de poder único na sociedade, o direito foi sendo simplificado e suas fontes reduzidas para atividade estatal, protegida pela coação do aparelho repressivo do Estado. Como explica Paolo GROSSI, o direito deixou o âmbito da sociedade civil e atingiu o da sociedade política<sup>96</sup>, perdendo toda sua autonomia e dimensão plural e social.

Do período revolucionário até o final das primeiras codificações do século XIX, o monismo jurídico sofreu algumas modificações, adaptando-se à premente necessidade de estruturação e solidificação da legalidade burguês-capitalista no Ocidente. O órgão político legislativo se tornou a única fonte do direito positivo, abstrato e genérico, o qual passou a servir para proteger e manter as classes dominantes no poder. Explica Antonio Carlos WOLKMER:

O Direito Estatal não será mais reflexo da vontade exclusiva dos soberanos absolutistas, mas produto da rearticulação das novas condições advindas do Capitalismo concorrencial, da crescente produção industrial, da ascensão social da classe burguesa enriquecida e do liberalismo econômico, condições essas movidas pela lei do mercado, com a mínima intervenção estatal possível<sup>97</sup>.

Como já se disse antes, o processo transição da pré-modernidade para a modernidade, especialmente no que diz respeito ao direito, não foi rápido, nem contínuo ou lógico. Tudo isso acabou sendo captado pelo Código Civil de Napoleão

<sup>95</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico...**, p. 51.

<sup>96</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 142.

<sup>97</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico...**, p. 51.

(e codificações posteriores), o qual, embora seja símbolo do direito moderno, trouxe contradições internas, inclusive quanto ao direito de propriedade, que ocupou lugar privilegiado dentro das grandes codificações.

Paolo GROSSI, ao fazer uma rápida análise do artigo 544, o qual, ele próprio frisa, não resume toda a sistemática daquela legislação no que diz respeito aos direitos reais, afirma que, se de um lado o direito de propriedade é tratado em todo seu absolutismo, de outro assume a noção destoante da propriedade como soma de poderes, o que ainda evidencia um resquício da ordem medieval<sup>98</sup>. Segundo o autor, não foi completamente cancelada a tradicional “articulação do domínio em um *ius disponendi* e em um *ius utendi*”.

Tal desarmonia finalmente é superada pela Pandectística alemã, que constrói um modelo coerente com a ideologia liberal. Nas palavras do historiador do direito Paolo GROSSI, “aqui a propriedade se torna a criatura jurídica congenial ao *homo oeconomicus* de uma sociedade capitalista evoluída: um instrumento ágil, conciso, funcionalíssimo, caracterizado por simplicidade e abstração”<sup>99</sup>. Ela se torna uma e indivisível, tal como o sujeito, caracterizando-se como uma síntese de poderes, sem conteúdo determinável, e não simples soma de frações reais entre si separadas.

Como afirma Laura Beck VARELA, na doutrina pandectística os direitos reais limitados são vistos como algo incidental, externo à propriedade, e por isso mesmo incapazes de modificar sua estrutura interna<sup>100</sup>. Ora, se pertencem a um universo distinto e até mesmo oposto ao do proprietário monolítico, como a autora denomina o indivíduo titular do direito de propriedade na sua concepção moderna, podem apenas condicionar a eficácia desse direito. Por tais razões, a doutrina entende que coube à Pandectística alemã a definitiva ruptura com o modelo feudal de propriedade.

De modo geral, porém, pode-se dizer que o Código Civil Francês foi o grande responsável por consolidar a propriedade moderna, influenciando quase todos os demais ordenamentos jurídicos ocidentais, inclusive o brasileiro. Apesar de o nosso país não ter promulgado um código civil nesse mesmo período, o conceito abstrato e capitalista da propriedade acabou se difundindo por intermédio da doutrina que

---

<sup>98</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 78-79.

<sup>99</sup> GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios...**, p. 81.

<sup>100</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: Um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 211.

escrevia sob inspirações liberais. Já no ano de 1916 não parecia tão extrema a visão patrimonialista do nosso primeiro código civil, a despeito da sua completa dissonância com as novas exigências sociais do início do século.

## 2.3 Posse moderna

Nesse contexto de supervalorização da propriedade privada, a posse, que era bastante importante para a sociedade medieval em razão da sua factualidade, perdeu autonomia e relevância, assumindo caráter residual na função de proteção da propriedade. As conseqüências dessas novas circunstâncias até hoje se refletem no resultado judicialmente atribuído ao embate entre a propriedade desfuncionalizada e a posse que cumpre a sua função social, o que será abordado posteriormente neste trabalho.

A elaboração da teoria possessória, portanto, afigura-se inegavelmente vinculada ao paradigma individualista da modernidade<sup>101</sup>, tendo sido objeto de grandes embates no século XIX, especialmente entre duas teorias alemãs conhecidas como teoria subjetiva, da qual era defensor SAVIGNY, e teoria objetiva, vinculada a IHERING. Mister, portanto, sejam tecidas algumas considerações a respeito, tendo em vista a importância e a necessidade de superação de idéias há muito arraigadas no pensamento jurídico.

Partindo das fontes romanas com o objetivo de reconstruir a teoria da posse tal como os clássicos a haviam concebido, SAVIGNY observou que a posse só adquiria independência da idéia de propriedade nas situações de usucapião e interdito possessório, nas quais acabava sendo assemelhada a direito. Segundo ele, “*ius possessionis*, que é o direito que resulta da posse, consiste apenas na faculdade de invocar interditos possessórios, quando a violação da posse assume forma determinada”<sup>102</sup>, e a posse somente produz a usucapião quando é acrescida de outros fatores.

Assim, conclui o autor alemão que a posse necessariamente é constituída por dois elementos essenciais: o contato físico da pessoa com o bem – *corpus* – e a intenção de tê-lo como seu – *animus*. O primeiro deles diz respeito à apreensão física do bem, que é comum tanto à posse quanto à detenção. É a possibilidade real e imediata de dispor fisicamente da coisa, bem como de protegê-la das ingerências de terceiros, e não o simples contato físico com bem<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> STAUT JR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 77.

<sup>102</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 211.

<sup>103</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica...**, p. 212.



Já o elemento subjetivo diz respeito à vontade do indivíduo de assumir o comportamento de dono (*animus domini*)<sup>104</sup>, ou seja, o possuidor precisa ter a intenção de possuir o bem como seu, não bastando o simples *animus* de possuir nem a *opinio domini* (achar-se efetivamente dono da coisa). Por estas razões, o ladrão teria posse e o inquilino (cuja apreensão física sobre a coisa, neste caso, configuraria mera detenção) não.

Ao diferenciar posse de detenção, SAVIGNY afirma que posse é a detenção com intenção de exercer o direito de propriedade e, por sua vez, detenção é o fato físico que corresponde ao fato jurídico da propriedade<sup>105</sup>. Assim, os inquilinos detêm o bem apenas em nome do proprietário, o qual exerce o direito de propriedade realizando o fato de posse e, assim, continua a ser considerado único proprietário.

Contudo, diante do contido nos textos romanos, SAVIGNY foi forçado a reconhecer que havia posse mesmo em alguns casos que não eram marcados pelo *animus domini*, o que levou o doutrinador a criar a noção de posse derivada, que resulta da transferência do *ius possessionis* pelo possuidor verdadeiro e originário àquele irá exercer o direito de proprietário em seu nome<sup>106</sup>. Por esta razão, a teoria subjetiva trata da posse como fato (considerada em si mesma, na sua essência) e direito (quanto à eficácia), simultaneamente.

Outro aspecto importante da tese subjetiva diz respeito ao fundamento da proteção possessória, qual seja, o princípio geral de que toda pessoa deve ter a proteção da ordem jurídica contra qualquer ato de violência. A turbação da posse é um delito contra o possuidor que justifica por si só a necessidade de intervenção judicial (há aqui certa autonomia da posse em relação à propriedade)<sup>107</sup>.

Assim, caso o proprietário perca sua posse para outrem a partir de um ato ilícito, ou caso o possuidor não tenha nenhum título anterior que o desqualifique como tal, poderá ter sua posse protegida juridicamente, ainda que em situações bastante restritas (porque os detentores não são possuidores).

IHERING, um dos grandes críticos da teoria subjetiva, contrapôs-se de maneira muito incisiva aos elementos que SAVIGNY considerou essenciais dentro

---

<sup>104</sup> DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil III: direito das coisas**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 30. *Apud* STAUT JR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 78.

<sup>105</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica...**, p. 212 NR.

<sup>106</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica...**, p. 212-213.

<sup>107</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica...**, p. 221.

da figura jurídica da posse. Para a teoria objetiva, o *corpus* é a relação fática entre o possuidor e a coisa a partir da utilização econômica desta e não um poder físico, tal como afirma SAVIGNY. É a simples exterioridade da propriedade, razão pela qual apreensão física e destinação econômica do bem nem sempre correspondem entre si<sup>108</sup>. Na continuidade da sua crítica, IHERING faz a seguinte análise acerca do reconhecimento da posse:

A posse reconhece-se assim exteriormente; os terceiros podem saber se a relação possessória é normal ou anormal. Qualquer pessoa pode apreciar por este modo o valor da noção que eu acrescentei acerca de uma das questões mais importantes da teoria possessória. A teoria reinante não nos presta auxílio algum; limita-se a ensinar ao possuidor se ele continua possuindo, porém nada nos diz como os terceiros devem reconhecer se ele possui ou não<sup>109</sup>.

Por outro lado, o elemento subjetivo não possui muita importância na teoria objetiva. Embora haja, sim, a necessidade da existência de uma manifestação de vontade por parte do sujeito no sentido de possuir o bem, ela é indissociável da figura do *corpus* (*animus corpus*). Dessa forma, para ser considerado possuidor basta que se utilize a propriedade em interesse próprio<sup>110</sup>.

Por isso IHERING entende que a distinção entre posse e detenção não se baseia no elemento subjetivo, já que em ambas é mister que se queira ter a coisa consigo, mas sim nos dispositivos legais que relembram certas posses ao título de detenções, aos quais não são aplicáveis os interditos possessórios<sup>111</sup>. Este seria, aliás, o elemento que o teria feito qualificar sua teoria como objetiva.

A utilização econômica do bem e a noção de *animus corpus* explicam a possibilidade de bipartição da posse em direta e indireta, o que era considerado inviável pela teoria de SAVIGNY. Ora, o proprietário que dispõe de um ou mais poderes do domínio a alguém que alugará o seu imóvel, por exemplo, está oferecendo uma destinação econômica a este, ainda que à distância (posse indireta). Por sua vez, quem possui a apreensão física do bem também exerce a posse (direta) sobre o mesmo, com a intenção de fazê-lo, permitindo a satisfação das suas necessidades.

<sup>108</sup> IHERING, Von Rudolph. **Teoria simplificada da posse**. Campinas: Russel Editores, 2009, p.53.

<sup>109</sup> IHERING, Von Rudolph. **Teoria simplificada da posse...**, p. 57.

<sup>110</sup> STAUT JR, Sergio. **A posse no direito brasileiro...**, p. 78.

<sup>111</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica...**, p. 227-229.

Ao tratar do fundamento da proteção possessória, IHERING parte do pressuposto de que a posse é a exterioridade da propriedade. Assim, sua proteção significa o complemento necessário da tutela desta, facilitando também a prova em favor do proprietário, conforme explicita José Carlos Moreira ALVES<sup>112</sup>. O direito protege a posse para viabilizar o uso econômico da coisa em relação às necessidades do possuidor. Por isso a célebre afirmação feita pelo doutrinador alemão, de que “a posse é a guarda avançada da propriedade”<sup>113</sup>.

Complementando sua definição de posse, IHERING aduz que:

A posse, com efeito, deve ser considerada em dois outros pontos de vista. Em primeiro lugar, é a condição do nascimento de certos direitos e, não obstante, concede por si mesma a proteção possessória (*ius possessionis* em oposição ao *ius possidendi*); ela é, por conseguinte, a base de um direito<sup>114</sup>

No entendimento do autor, a posse é um dos elementos indispensáveis para que se realize a transferência da propriedade, ao menos nas relações entre vivos. Isto porque, para nascer, a propriedade deve se manifestar em toda a sua realidade, especialmente através da posse. Esta, por sua vez, normalmente é momentânea, mas mesmo que se torne uma situação duradoura (usucapião), será sempre um caminho que conduz à propriedade<sup>115</sup>.

Ao mesmo tempo, a posse também é o sustentáculo do *ius possessionis*, que é o direito que todo o possuidor tem de se utilizar da sua relação possessória até que encontre alguém que o despoje pela prova do seu *ius possidendi* (direito à posse, decorrente do direito de propriedade). Tal compreensão acerca da posse guarda alguma semelhança com a teoria subjetiva de SAVIGNY, mas, conforme afirmamos anteriormente, o principal fundamento para a proteção possessória segundo IHERING continua sendo a tutela do direito de propriedade.

Nesse momento, oportuno ressaltar o entendimento de IHERING do sentido de considerar a posse como um direito, dentro da sua própria definição de “interesse juridicamente protegido”. O interesse que implica a posse é o fato de ela constituir “condição da utilização econômica da coisa” e a proteção jurídica que lhe é oferecida

<sup>112</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica...**, p. 222.

<sup>113</sup> IHERING, Von Rudolph. **Teoria simplificada da posse...**, p. 36.

<sup>114</sup> IHERING, Von Rudolph. **Teoria simplificada da posse...**, p. 19.

<sup>115</sup> IHERING, Von Rudolph. **Teoria simplificada da posse...**, p. 21.

decorre da possibilidade de o possuidor se valer de ações possessórias legalmente previstas<sup>116</sup>. Evidente que a posse também pode significar um estado de fato, mas não se confunde com a posse de que estamos a tratar (direito), a qual vem a ter como fato gerador a posse fática.

Explica IHERING:

Em todos os demais direitos (...) o fato corresponde imediatamente ao passado, e apenas persistem as suas consequências. Na posse, ao contrário, a manutenção da revelação do fato é a condição do direito à proteção: o possuidor não tem um *direito* senão *enquanto* ou *quando possui*. Em outros termos, em todos os demais direitos o fato é a condição *transitória* do direito; na posse, é a condição *permanente*<sup>117</sup>.

Houve no século XX, ainda, algumas outras teorias acerca da posse e sua configuração dentre do direito, dentre elas a de Raymond SALEILLES, que propôs certas mudanças substanciais na teoria formulada por IHERING, afirmando que a posse é essencialmente uma relação de apropriação econômica<sup>118</sup>. Nessa linha de raciocínio, o possuidor, para o teórico, é aquele que possui uma relação de fato com a coisa, com a vontade de realizar referida apropriação. Isto justamente porque o *corpus* seria “o conjunto de fatos observáveis que indicam uma relação durável que demonstra a exteriorização da utilização econômica da coisa a serviço do indivíduo, e não uma exteriorização do exercício do direito de propriedade, como sustentava Ihering” e *animus* a vontade de realizar o *corpus*<sup>119</sup>.

A repercussão na doutrina civilista ocidental e legislações modernas, porém, coube primordialmente a SAVIGNY e IHERING. Por tal razão, mister observar, em conclusão, que a despeito das grandes diferenças que marcam as obras desses dois doutrinadores alemães, ambas as suas definições de posse então amplamente vinculadas à noção da propriedade moderna, retirando da posse toda a autonomia que lhe marcou no período pré-moderno e influenciando de maneira profunda as teorizações e legislações que se seguiram.

<sup>116</sup> IHERING, Von Rudolph. **Teoria simplificada da posse...**, p. 40-41.

<sup>117</sup> IHERING, Von Rudolph. **Teoria simplificada da posse...**, p. 43.

<sup>118</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: Introdução Histórica...**, p. 237.

<sup>119</sup> PARIZ, Hélio Gonçalves. **A Função Social da Posse**. (Dissertação de mestrado – Faculdade Autônoma de Direito – FADISP). São Paulo, 2007, p. 130.

## TÍTULO II – DIFUSÃO DA LÓGICA EXISTENCIAL NOS INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL

### 1 FUNÇÃO SOCIAL

#### 1.1 Da propriedade no início do século XX

Para o Liberalismo Moderno, o direito de propriedade era absoluto e, portanto, não poderia sofrer restrições ou limitações que não aquelas indispensáveis para a tutela do direito dos outros proprietários. Além disso, o indivíduo-proprietário exercia o seu direito independentemente da sociedade, a quem nada devia, já que os seus poderes decorriam em última instância de um direito de propriedade natural sobre sua própria pessoa e suas próprias capacidades. Isso significa que não havia espaço no direito para a atribuição de qualquer função social à propriedade, sob pena de contrariar contra toda a dogmática que se construiu no século XX.

O absolutismo da propriedade moderna, como visto, foi defendido por John LOCKE a partir do entendimento de que a propriedade é um direito natural de todos. Segundo Carlos Frederico MARÉS<sup>120</sup>, o único limite para o filósofo contratualista consistia na ilegitimidade da propriedade de bens corruptíveis (deterioráveis) não trocados. Ou seja, não seria permitido a alguém ter como propriedade mais do que efetivamente pode utilizar, já que se alguma coisa se deteriora sem o uso, fere o direito natural de propriedade dos demais<sup>121</sup>.

Segundo o entendimento de Crawford MACPHERSON, porém, esta restrição ao direito de propriedade não era de fato reconhecida por John LOCKE senão no estado de natureza dos homens, e mesmo assim antes da criação do dinheiro. Ou seja, a norma da lei natural inicial, de que cada indivíduo deveria ser proprietário apenas do quanto pudesse utilizar, sem desperdícios, foi tornada sem efeito com a acumulação de terras e de capital através do dinheiro<sup>122</sup>. O consentimento tácito dos homens com o uso do dinheiro, que precede o consentimento que estabelece a

---

<sup>120</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 25.

<sup>121</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 25.

<sup>122</sup> MACPHERSON, Crawford Brough. **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke...**, p. 220.

sociedade social, significa também uma concordância com as conseqüências do dinheiro, dentre as quais o caráter ilimitado do direito à apropriação e a desigualdade de propriedade da terra.

Na prática que se consolidou, a propriedade não era limitada senão pela lei e apenas para proteger os interesses particulares do proprietário, assegurando aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. O próprio artigo 544 do Código Civil de Napoleão, já citado anteriormente, estabeleceu que “a propriedade é o direito de gozar e de dispor dos bens da maneira mais absoluta, desde que deles não se faça uso proibido pelas leis e pelos regulamentos”. Como afirma Laura Beck VARELA, os limites ao direito (natural) de propriedade, buscavam apenas “delimitar a esfera de competência de cada proprietário” e não harmonizar os interesses individuais e sociais<sup>123</sup>.

Para Napoleão Bonaparte, uma propriedade absoluta era indispensável para manter, ao menos na França, os numerosos pequenos proprietários de terra, defensores da segurança e tranquilidade dos Estados<sup>124</sup>. Por esta razão, o exercício do direito de propriedade nos limites das leis e dos regulamentos não os ameaçava, apenas os protegia. Além disso, segundo André-Jean ARNAUD, referida limitação era antiga, baseada no direito romano<sup>125</sup>, e legítima, porque, a despeito de a propriedade anterior ao Estado ser absoluta, os indivíduos concordaram em formar uma sociedade e por isso, em última instância, toda lei é uma emanção do seu consentimento<sup>126</sup>.

O Código Civil Português de 1867 corroborou esse entendimento, afirmando que as únicas restrições ao direito de propriedade eram aquelas decorrentes da natureza das coisas, da vontade do proprietário ou da lei. Trata-se de uma limitação “de fora para dentro”, advinda dos limites próprios do direito, não só quanto ao espaço físico de utilização, mas também no que se refere às relações de vizinhança e aos interesses administrativos<sup>127</sup>. Esta noção foi absorvida pelo ordenamento

<sup>123</sup> VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna...**, p. 207.

<sup>124</sup> ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: LGDJ, 1969, p. 192.

<sup>125</sup> O jurista medieval Bartolo de Sassoferrato no Digesto 41, 2, 17, 1 comentou: “(...) dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur” (grifo meu). Trecho retirado do sítio eletrônico: <[http://www.mitopositano.com/diritto\\_romano\\_2.htm](http://www.mitopositano.com/diritto_romano_2.htm)>. Acesso na data de 23/09/2010.

<sup>126</sup> ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français...**, p. 193.

<sup>127</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008, p. 159.

jurídico brasileiro, inicialmente através dos doutrinadores que se inspiravam no liberalismo europeu do final do século XIX e depois pelo Código Civil de 1916.

O artigo 524 do Código Civil Brasileiro de 1916 estabelecia que “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Embora não tivesse sido feita referência explícita ao seu caráter absoluto nem a eventual restrição legal, a interpretação que se consolidou foi no sentido exato daquele seguido pelos demais países ocidentais: se havia limitação ela era mínima e de fora para dentro do direito de propriedade<sup>128</sup>.

Aos poucos, contudo, percebeu-se que o conceito abstrato e capitalista de propriedade não poderia perdurar por muito tempo, já que a maioria da população sofria justamente as consequências de ser excluída de qualquer direito das coisas que se fundasse na propriedade privada, sem acesso aos demais direitos fundamentais que, ao menos na sua primeira dimensão, são essencialmente patrimonialistas. Assim, a doutrina foi propugnando por uma configuração social da propriedade, enquanto paralelamente ocorriam no mundo crises e ondas revolucionárias.

O liberalismo clássico não tinha então mais lugar na Europa do final do século XIX, o que abriu espaço para o surgimento de novas ideologias, contrárias à propriedade privada e ao sistema capitalista da qual ela se tornou indissociável. Nesse sentido, mister transcrever o seguinte trecho da obra de Carlos Frederico MARÉS:

De fato, já não havia mais, na Europa do final do século XIX, quem acreditasse que o liberalismo, com sua propriedade absoluta, pudesse fazer frente à miséria dos trabalhadores e a cada vez mais insustentável situação insurrecional vivida da Rússia à Inglaterra. Enquanto a *Rerum Novarum* reclamava por uma propriedade com dignidade humana, os socialistas europeus propugnavam na práxis do socialismo, utópico ou científico, que a dignidade humana somente seria possível sem a propriedade privada<sup>129</sup>.

A Encíclica *Rerum Novarum*, à qual faz referência o autor, significou uma tentativa de a Igreja Católica demonstrar que também não estava satisfeita com as consequências de uma propriedade privada absoluta, minimizando o impacto das

<sup>128</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 159.

<sup>129</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 81.

teorias socialistas e, assim, mantendo o *statu quo* capitalista. Através desse instrumento, referida instituição propunha que a liberdade contratual e o livre exercício da propriedade deveriam sofrer limitações, a fim de que a própria propriedade fosse mantida em nome da dignidade humana, porquanto direito natural que a todos caberia reconhecer<sup>130</sup>.

Os grandes contestadores do sistema, como Pierre-Joseph PROUDHON e Karl MARX, criaram as bases teóricas para as reformas socialistas do início do século seguinte. O primeiro, um dos fundadores do anarquismo, afirmava que a grande propriedade capitalista era um roubo, e o segundo, junto com o amigo Friedrich ENGELS, dizia que a propriedade de bens de produção era uma exploração<sup>131</sup>, mera função das relações de produção e poder. A idéia de que o resultado social deveria ser a medida da produtividade, desimportando qualquer tipo de rentabilidade financeira, colidiu direta e frontalmente com os interesses dos grandes capitalistas.

Não se pode negar, portanto, que a socialização da propriedade se deve primordialmente às idéias dos filósofos e escritores socialistas, os quais de modo geral criticavam não só o absolutismo da propriedade privada, como também a propriedade privada em si. Porém, a teoria da função social da propriedade se expandiu para além dos marxistas, já que tem por pressuposto justamente a continuidade da propriedade privada nos moldes forjados pelos pensadores liberais, ainda que sob outras circunstâncias.

Já no começo do século XX surgiram as primeiras reformas socialistas. Na Rússia, após a Revolução de 1917, estatuiu-se que o direito de propriedade sobre a terra seria abolido para sempre, permitindo uma fruição igualitária entre todos. Outros Estados novos também votaram leis agrárias entre 1919/1920, impondo limites à propriedade privada, tendo por consequência grandes expropriações. “Terra para quem quer e pode produzir, evidência natural da função econômica e social da terra”<sup>132</sup>.

Exemplos mais próximos evidenciaram que a luta contra o capitalismo e a propriedade privada havia se tornado mundial. No México, Emiliano Zapata

---

<sup>130</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 82.

<sup>131</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 164.

<sup>132</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 168.



promoveu, na sua comarca revolucionária, uma profunda reforma agrária. No Brasil, irromperam as disputas do Contestado e de Canudos. Inúmeros outros foram os movimentos revolucionários na Europa e nas Américas que ameaçavam a ordem social, impondo transformações.

Tudo isso, somado ao aumento da população urbana e às destruições causadas pela Segunda Guerra Mundial, enfraqueceu a noção do Estado liberal como instituição estabelecida no interesse da sociedade como um todo<sup>133</sup>. A partir de então, os governos passaram a intervir diretamente na economia, visando obstar a expansão das desigualdades sociais e atender interesses básicos da população mais pobre, tolhendo os conflitos sociais e protegendo, desta forma, a propriedade privada capitalista.

Segundo Carlos Frederico MARÉS<sup>134</sup>, “a promessa capitalista na Europa era de criar um Estado de Bem Estar Social que tivesse uma preocupação cuidadosa com o cidadão (...)”. E para a manutenção da propriedade privada dos meios de produção, “a terra deveria estar dividida em parcelas que garantissem a sobrevivência e a máxima rentabilidade de quem nela trabalhasse mediante direta participação do Estado por meio de subsídios ou políticas de financiamento”.

Em resposta aos desafios decorrentes dos problemas sociais provocados pela prática liberal, portanto, a idéia de Estado Social se generalizou no século XX. Na esteira das constatações feitas por Francisco Cardozo OLIVEIRA, a atuação do Estado nesta nova dimensão não se limitava mais à proteção da liberdade individual dos cidadãos e à garantia da existência do mercado: coube a ele promover “políticas sociais destinadas a minimizar os desequilíbrios resultantes da acumulação privada da riqueza”<sup>135</sup>.

A fim de viabilizar a construção desse modelo de Estado capitalista, cujo direito também deveria ganhar novo conteúdo, foram promulgadas por diversos governos Constituições que regulavam o caráter intervencionista do Estado, inclusive através do deslocamento para o direito constitucional da teoria da propriedade, que sofrera enorme desvalorização no período pós-guerra. O texto

---

<sup>133</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 170.

<sup>134</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 83.

<sup>135</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 123.

mais famoso nesse contexto é a constituição de Weimar, de 1919, cujo artigo 153 estabeleceu:

La propiedad será garantizada por La Constitución. Su contenido y limites se deducirían da las leyes. Solamente se podrá expropiar en bien de la comunidad y con fundamentos de derecho, teniendo siempre como contrapartida la correspondiente indemnización, excepto cuando una ley del Reich determine otra cosa. En lo concerniente a la cuantía de la indemnización, se mantendrá abierta en caso de litigio la via legal de los tribunales competentes, excepto cuando una ley del Reich determine lo contrario. Las expropiaciones hechas por el Reich a Lander, municipio y asociaciones de uso público, sólo podrán efectuarse mediando indemnización.<sup>136</sup>  
La propiedad obliga. Su uso también debe servir al bien de la comunidad.<sup>136</sup>

Conforme afirma Marcos TORRES<sup>137</sup>, o dispositivo supra transcrito era um grande exemplo do compromisso entre ideários de conservadores liberais e socialistas, feito quando da promulgação do texto constitucional alemão, porquanto permitia diversas interpretações, desde as que consideravam a adoção da tese da inviolabilidade da esfera individual e o caráter livre da propriedade, até os que destacavam que o segundo parágrafo submetia à regulação legal também o conteúdo da propriedade.

Além do artigo 153, há outro dispositivo na Constituição de Weimar que merece especial atenção quando tratamos da função social da terra. O artigo 155, item III, consigna que “el poseedor de La tierra está obligado frente a la comunidad a laborar y explorar el suelo”. É evidente, por tanto, a indicação de que a propriedade imóvel deveria servir aos interesses sociais, através do cumprimento de determinados deveres, quais sejam, os de trabalhar e explorar o solo.

Apesar de bem menos citada pelos doutrinadores, a Constituição Mexicana de 1917 foi verdadeiramente o primeiro documento normativo a regular de forma diferenciada o direito de propriedade. Além disso, segundo Carlos Frederico MARÉS<sup>138</sup>, ela foi mais completa e mais profunda que a alemã, porque não apenas condicionou a propriedade, mas a reconceituou extensamente. No seu artigo 27, resumidamente, estabelece:

<sup>136</sup> HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales Del Derecho Civil*, p. 123. *Apud* TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 172.

<sup>137</sup> TORRES, Marcos Alcino Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 172.

<sup>138</sup> MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra...**, p. 93.

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de la vida de la población rural y urbana.

En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación conservación mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para el fraccionamiento de los latifundios (...).

Los núcleos de población que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en exploración<sup>139</sup>.

Carlos Frederico MARÉS refere-se, ainda, ao relevante fato de que a Carta Mexicana, até hoje vigente, organizou o Estado contemporâneo em uma região cujos conflitos se estabeleciam entre camponeses livres e o novo regime de propriedade privada que alterava todo o estado das coisas naquele país, tendo por isso um caráter fortemente agrário e camponês. A Constituição de Weimar, por sua vez, surgiu num contexto em que servos transformados em trabalhadores livres lutavam contra a propriedade privada, o que altera o próprio significado das lutas sociais naquele território.

Posteriormente, inúmeros outros países modificaram suas constituições, inclusive o Brasil através do texto promulgado em 1934, que estabeleceu no item 17 do artigo 113 que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo na forma que a lei determinasse, flagrantemente reconhecendo a função social da propriedade. Porém, mesmo após a Constituição de 1946, que fazia referência expressa ao bem-estar social que deveria condicionar o uso da propriedade, a doutrina da função social demorou a ser assimilada no Brasil<sup>140</sup>.

A maior parte dessas transformações, provocadas pelo reconhecimento de que a propriedade total e absoluta era em si completamente desumana e precisava sofrer limitações legais dirigidas ao bem comum, não passou de um jogo de palavras, como afirma Marcos TORRES<sup>141</sup>. De acordo com as concepções

<sup>139</sup> **Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras**. Brasília: Senado Federal, 1987, v. II, p. 580-589.

<sup>140</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 179.

<sup>141</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 182-183.

econômicas acerca da sua emergência e do seu desenvolvimento, o Estado do Bem-Estar Social seria uma resposta às necessidades de acumulação e legitimação do sistema capitalista<sup>142</sup>, o que não representa uma mudança estrutural nas sociedades capitalistas.

Ao buscar organizar a produção teórica sobre o Estado do Bem-Estar Social, ordenando-a segundo argumentos analíticos selecionados, Marta ARRETCHE cita James O'CONNOR, que, no livro "USA. A Crise Fiscal do Estado", afirma:

(...) o Estado capitalista tem de tentar desempenhar duas funções básicas e muitas vezes contraditórias: acumulação e legitimação (...). Isto quer dizer que o Estado deve tentar manter, ou criar, as condições em que se faça possível uma lucrativa acumulação de capital. Entretanto, o Estado também deve manter ou criar condições de harmonia social. Um Estado capitalista que empregue abertamente sua força de coação para ajudar uma classe a acumular capital à custa de outras classes perde sua legitimidade e, portanto, abala a base de suas lealdades e apoios. Porém, um Estado que ignore a necessidade de assistir o processo de acumulação de capital arrisca-se a secar a fonte de seu próprio poder, a capacidade de produção de excedentes econômicos e os impostos arrecadados deste excedente (e de outras formas de capital). (O'Connor, 1977:19)<sup>143</sup>

A autora lembra ainda que, para Claus OFFE, o capitalismo "destrói formas anteriores de vida social (ou instituições sociais), gerando disfuncionalidades, as quais se expressam sob a forma de problemas sociais"<sup>144</sup>. Ou seja, o Estado do Bem-Estar Social visa compensar as conseqüências negativas do contínuo processo de desenvolvimento do capitalismo, financiando, a partir de regras pactuadas num âmbito público, tanto a produção quanto a reprodução da força de trabalho. Tais argumentos também demonstram que a emergência desse modelo de Estado é, na essência, um fenômeno das sociedades capitalistas e não um contraponto.

A despeito de o marco inicial da positivação da função social da propriedade ser bastante identificável nas Constituições Mexicana e de Weimar, verdadeiras representantes dos novos ordenamentos jurídicos sustentadores do Estado do Bem-Estar Social, filosoficamente é mais difícil estabelecer quem teria sustentado pela primeira vez que a propriedade tem uma função social. Houve na Idade Média alguns doutrinadores cristãos, como Santo Tomás de Aquino, que defenderam a

<sup>142</sup> ARRETCHE, Marta T. S. **Emergência e desenvolvimento do Welfare State: teorias explicativas**. Disponível em: < [http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Marta/Arretche\\_1996\\_BIB.pdf](http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Marta/Arretche_1996_BIB.pdf) >. Acesso na data de 18/set/2010.

<sup>143</sup> ARRETCHE, Marta T. S. **Emergência e desenvolvimento do Welfare State...**, p. 20-21.

<sup>144</sup> ARRETCHE, Marta T. S. **Emergência e desenvolvimento do Welfare State...**, p. 26.

utilização da propriedade para o bem comum, aos quais se seguiram alguns filósofos como John LOCKE, Rudolf Von IHERING e Augusto COMTE<sup>145</sup>.

O positivista Augusto COMTE teria sido verdadeiramente o primeiro no século XX a colocar em relevo a idéia de função social, por entender que todo cidadão é uma espécie de funcionário público que tem a obrigação de formar e administrar os capitais com os quais cada geração prepara os trabalhos da seguinte<sup>146</sup>. Essa preocupação geracional demonstra que já naquele tempo existia, ainda que de maneira não muito clara, uma noção de solidariedade social que posteriormente acabaria sendo bastante cara aos defensores da socialização da propriedade.

Apesar disso, coube a León DUGUIT o fomento da discussão a respeito da função social da propriedade ou da propriedade-função, conforme ressalta Marcos TORRES<sup>147</sup>, tendo por base a teorização positivista de Augusto COMTE. León DUGUIT partiu do pressuposto de que a categoria de direito subjetivo estaria dentro de uma insustentável ordem metafísica, sendo mister a criação de um novo sistema jurídico, por sua vez dotado de um caráter realista.

De acordo com ele, os chamados direitos subjetivos constituem na realidade “um conjunto de funções atribuídas aos indivíduos na consecução das regras que asseguram a solidariedade social”<sup>148</sup>. Assim, todo sujeito possui a obrigação de cumprir na sociedade determinada função cujos efeitos devem ser socializados em benefício dos demais membros do grupo que com ele interagem, garantindo a sobrevivência deste. Com relação ao direito de propriedade, sua proteção estaria garantida pelo direito na medida do cumprimento dessa função social. Imprescindível a transcrição do seguinte excerto de sua obra a fim de melhor compreender o sentido de suas afirmações:

Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función social en ración directa del lugar que en ella ocupa, ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo el puede aumentar la riqueza general haciendo valor el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente, más que si la cumple y

<sup>145</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 201-202.

<sup>146</sup> COMTE, Augusto. **Système de Politique Positive**. Paris: 1892, vol. I, p. 156.

<sup>147</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 204.

<sup>148</sup> DUGUIT, León. Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon, p. 29. *Apud* RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Curitiba, 2009, p. 184.

la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza<sup>149</sup>.

A partir das assertivas acima analisadas, é possível depreender que o teórico não se posicionava exatamente contra a propriedade privada, tal como faziam os marxistas, contestadores do sistema capitalista e dos seus institutos fundadores. Ele criticava apenas o abuso e a inércia no exercício do direito de propriedade, defendendo uma mudança da noção jurídica sobre a qual descansa sua proteção social. Apesar de defender a supremacia do social sobre o individual, DUGUIT rechaça a coletivização da propriedade, além de criticar a luta de classes, cujas conseqüências colocariam em risco a coesão social indispensável para o progresso da humanidade<sup>150</sup>.

León DUGUIT propôs, igualmente, uma nova concepção de liberdade, não como direito subjetivo, mas como um dever social do ser humano no sentido de desenvolver sua própria individualidade (atividade física, intelectual e moral), a fim de cooperar o melhor possível com a solidariedade social<sup>151</sup>, entendida por ele como interdependência social (socialização dos efeitos da conduta de cada um em benefício de todos). Acerca da relação feita pelo sociólogo entre propriedade e liberdade, afirma Carlos Eduardo RUZYK:

(...) a rigor, na obra do autor, tanto uma quanto outra são prestações que o indivíduo oferece à coesão social. Nem são direitos fundamentais, nem, muito menos, pensa-se a propriedade como dotada de uma função vinculada à promoção de liberdade. São, em última instância, prestações que se dirigem a elementos que são externos à pessoa, em detrimento do desenvolvimento de sua subjetividade, de uma preocupação com sua autoconstituição<sup>152</sup>.

Assim, tais funções (propriedade e liberdade) seriam realizadas em prol da coesão social, cujo atingimento está relacionado com a solidariedade orgânica, a qual, por sua vez, forma-se principalmente pela divisão de trabalho. A noção de divisão de trabalho aqui assume certa razoabilidade, pois faz os indivíduos dependerem uns dos outros, numa lógica que pretende eliminar os conflitos sociais.

<sup>149</sup> DUGUIT, León. Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon, p. 178. *Apud* TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 179.

<sup>150</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e Função...**, p. 188.

<sup>151</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 205.

<sup>152</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e Função...**, p. 189.

Ou seja, a função não é da propriedade em si, mas dos indivíduos, os quais, em sua totalidade, são espécies de funcionários públicos da sociedade.

A proposta de DUGUIT acerca da superação do conceito de direito subjetivo para o fim de se considerar a propriedade e a liberdade como funções, embora não tenha sido levada diante pelos teóricos do seu tempo, proporcionou surgissem inúmeras outras explicações para a aparente incompatibilidade entre a noção de função social e a de direito subjetivo. Referidas teorias serão tratadas mais adiante, na oportunidade do estudo da função social da posse e na propriedade na contemporaneidade.

## 1.2 Da propriedade e da posse na contemporaneidade

Conforme exposto anteriormente neste trabalho, a ideologia individualista, em conjunto com outras circunstâncias, tornou possível a configuração da propriedade moderna com a qual hoje se procura romper através da noção de função social. Mas não só. O individualismo, defendido pelos liberais, permitiu a própria configuração do modo de produção capitalista, em cuja economia os bens adquirem a forma abstrata de mercadoria a fim de viabilizar o sistema de trocas no mercado<sup>153</sup>.

Assim, foi a partir da necessidade de os institutos jurídicos incorporarem os princípios do individualismo e da autonomia privada, que o direito de propriedade passou para a esfera privada do indivíduo, a salvo da ingerência do Estado. Com a transformação da terra em mercadoria, os conflitos entre os proprietários e os não-proprietários tornaram-se mecanismo necessário para a manutenção do modo de produção capitalista. Ora, o capitalismo tem por pressuposto a desigualdade material dos indivíduos e a abstração do sujeito, que é considerado apenas em função daquilo que possui e não daquilo que é<sup>154</sup>.

Acerca dessa nova perspectiva dada à terra pelo capitalismo, procura-se, a partir da retomada dos conceitos de valor de uso e valor de troca (Karl MARX) sustentar que o valor de uso (referente à utilidade da coisa) da terra (tanto urbana quanto rural) permanece existindo, a despeito da importância do seu valor de troca no mercado<sup>155</sup>. E esse valor de uso seria especialmente verificável através da posse do bem, pois voltada para a satisfação das necessidades humanas, conforme veremos adiante, já que para o direito de propriedade tem relevância o valor de troca.

É importante ressaltar, a partir dessas considerações iniciais, que as principais teorias acerca da função social não afastam o princípio proprietário do ordenamento jurídico, justamente porque não negam o mercado e, além disso, pressupõem a existência da propriedade privada<sup>156</sup>. Porém, diante do contexto atual das sociedades, é indispensável que o direito promova, no que for viável, a ruptura

---

<sup>153</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 121.

<sup>154</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 131.

<sup>155</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 254-255.

<sup>156</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 134



com o modelo excludente de propriedade, levando em conta os interesses dos não-proprietários. Não se olvide, ademais, que foram construídos alguns instrumentos que possibilitam, em algumas situações, o reconhecimento de direitos relativos à apropriação de bens passíveis de serem demandados coletivamente<sup>157</sup>.

Nesse sentido, não raras vezes alegou-se a incompatibilidade entre as noções de direito de propriedade e função social, justamente porque, de acordo com a doutrina tradicional, o direito subjetivo não comporta restrições. A partir desta controvérsia e para evitar o retorno à concepção de propriedade-função (DUGUIT), foram desenvolvidas teorias que, sob um viés, revisaram a idéia de direito subjetivo e, sob outro, incorporaram a noção de situação jurídica complexa na defesa de uma propriedade funcionalizada.

Quanto às primeiras, Marcos TORRES elege as considerações de Goffredo TELLES JUNIOR as mais apropriadas para o enfrentamento da questão. Segundo este autor, direito subjetivo designa uma permissão ou um conjunto de permissões específicas, dadas por intermédio de normas jurídicas, para o uso de faculdades humanas<sup>158</sup>. Por isso, Eros Roberto GRAU afirma não haver incompatibilidade entre direito subjetivo e função:

A permissão jurídica para o exercício de uma faculdade pode perfeitamente ser concedida mediante a introdução, como elementos dela (= da permissão) integrantes, de vários requisitos, aí incluídos tantos quanto atribuem deveres e ônus para o titular da permissão, i.e, do direito subjetivo<sup>159</sup>.

Para outros autores, ainda, a propriedade teria se convertido numa situação jurídica complexa, que enfeixa poderes, deveres, ônus e obrigações, e cujo conteúdo depende de interesses extraproprietários, apurados no caso concreto. Francisco Cardozo OLIVEIRA justifica esse entendimento, afirmando que “a noção de direito subjetivo (...) não é suficiente para abarcar o caráter dinâmico do direito de

<sup>157</sup> ALVES, Carolina C. N.; PASSOS, Cynthia R. de L.; PONTES, Daniele R.; CORDEIRO, Noemia P. F. de M. Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 125.

<sup>158</sup> TELLES JR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. Ed. Saraiva, 2001, p. 255-256.

<sup>159</sup> GRAU, Eros. Parecer em consulta do MST. In: **A Questão Agrária e a Justiça**. Editora RT, 2000, p. 197-198.

propriedade, imposto pelos valores da realidade social e histórica em que materializada a situação proprietária”<sup>160</sup>.

Um dos autores que tratam do tema é o italiano Pietro PERLINGIERI, para quem a atribuição de um direito está atrelada a fixação de limites e deveres, de modo que as situações favoráveis não podem ser consideradas isoladamente<sup>161</sup>. Além disso, defende que o interesse só é tutelado quando estiver em conformidade não só com o interesse do titular, como também da coletividade, daí a configuração da função de solidariedade como contraponto ao individualismo e egoísmo que marcam a noção de direito subjetivo<sup>162</sup>.

De fato, a noção de situação jurídica permite seja dada maior importância aos sujeitos não-proprietários, já que, inserida nessa complexidade, a função social deve hoje ser compreendida em face dos desprivilegiados, superando-se a noção abstrata e opressiva da subordinação do sujeito passivo universal ao titular do direito. Desse modo, o direito de propriedade deixa de lado sua abstração moderna, porque o que importa, acima dos interesses do titular, é o estatuto de acesso aos bens e, portanto, os interesses dos sujeitos não-proprietários e a proteção à dignidade humana<sup>163</sup>. Por outro lado, ainda, “a complexidade revela a pluralidade de vínculos que incidem sobre um mesmo centro de interesses”<sup>164</sup>, tais como as faculdades de construir, de cultivar ou o poder de vender, e, obviamente, o dever de cumprir com o princípio da função social da propriedade.

De todo modo, o que resta claro para praticamente toda a doutrina que trata do tema da função social, é que não se trata da imposição de um limite ao direito de propriedade. Nesse sentido, afirma Laura Beck VARELA que a noção de função deve ser vista a partir do seu aspecto dinâmico e interno, porquanto diversa da idéia

<sup>160</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 267.

<sup>161</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120.

<sup>162</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil...**, p. 121.

<sup>163</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 153.

<sup>164</sup> PAULINI, Umberto. **Crise estrutural e funcional da propriedade: revisão dos conceitos gerais em matéria de direitos reais (*numerus clausus*, tipicidade, situação jurídica e função social)**. (Dissertação de mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2008, p. 169.

de finalidade, que é, por sua vez, externa à estrutura<sup>165</sup> dos direitos subjetivos ou situações jurídicas complexas, no caso.

Ao analisar a questão, o professor Eroulths CORTIANO JUNIOR destaca que a visão da função social da propriedade passa pelo redimensionamento do direito de propriedade de tal forma que se torna a própria razão pela qual esta situação proprietária é atribuída a um sujeito<sup>166</sup>, incidindo, portanto, na sua estrutura. Citando Orlando GOMES, ressalta que as limitações do direito de propriedade atingem o seu exercício, ao passo que a função social diz respeito à própria substância do direito proprietário<sup>167</sup>.

Parece claro, a essa altura do estudo, que a aceitação de que o direito de propriedade não é mais abstrato nem absoluto, estando sujeito ao princípio da função social, o qual, por sua vez, leva em conta a situação concreta dos sujeitos envolvidos proprietários e não-proprietários e a necessidade de destinação social ao bem, em observância aos ditames da solidariedade social, influenciou de maneira definitiva toda a conformação jurídica do direito de propriedade, ao menos na dogmática.

Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER vão, sobre esse tema, ainda mais além, aduzindo que, se a função social compõe a propriedade, então não são ambos princípios separados que devam ser balanceados no caso concreto, “como dois vetores em direções opostas”<sup>168</sup>. Tratam-se, acima de tudo, de dois princípios que se completam e interpenetram, não havendo que se falar em um espaço mínimo de propriedade individual que fique imune ao avanço do interesse social. Nas palavras dos civilistas: “a função social é, antes, capaz de moldar o estatuto

---

<sup>165</sup> VARELA, Laura Beck. Da *propriedade* às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith. (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 766.

<sup>166</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 142-143.

<sup>167</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 144, citando GOMES, Orlando. A função social da propriedade. **Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia**. Coimbra, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. 2, 1989, p. 432.

<sup>168</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER. **A garantia da propriedade no direito brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, nº 6, junho de 2005, p. 106. Disponível em: < <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf> >. Acesso na data de 10/09/10.

proprietário em toda sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina, o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular”<sup>169</sup>.

As considerações acerca do conteúdo do direito de propriedade, que evidenciam o fato de seu caráter abstrato ter sido deixado de lado, inserem-se num processo que se convencionou chamar de “repersonalização do direito privado”, na busca pela concretude, que só pode findar no encontro da pessoa humana<sup>170</sup>. Como afirmado anteriormente, a modernidade teve como traço característico o individualismo exacerbado e o desapego do direito à efetividade das coisas em si. Porém, tinha-se por pressuposto a existência de um sujeito de direito abstrato, sujeito proprietário, imerso numa sociedade formalmente igualitária, cujos contrastes sociais em nada importavam para o direito.

A proteção e o desenvolvimento livre e digno dos cidadãos, encontrados na concretude das situações e relações cotidianas, passam a ser o centro do ordenamento jurídico. A primazia da pessoa, nesse sentido, foi incorporada pelo direito a partir da inserção de valores existenciais nos diplomas jurídicos de diversos Estados Democráticos de Direito ao longo do século passado. Envolve, outrossim, a despatrimonialização do direito civil que, segundo Eroulths CORTIANO JUNIOR, “constitui a subordinação teleológica das instituições e valores patrimoniais aos valores pessoais”, que são “instrumentos para o desenvolvimento integral da pessoa”<sup>171</sup>.

Esse movimento de repersonalização do direito toma sentido, de acordo com o professor, a partir do momento em que se compreende que a relação com o outro e com os outros é essencial para a realização pessoal do homem<sup>172</sup>. Tal noção de solidariedade merece ser apreendida pelo direito, porque permite o maior desenvolvimento da pessoa, considerada um ser coletivo que pertence a uma comunidade viva e integrada. Por isso, “envolve diretamente o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser protegido”<sup>173</sup>.

Essa superação do conceito abstrato de propriedade através da função social também permite que sejam colocados em evidência elementos da realidade

<sup>169</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER. **A garantia da propriedade no direito brasileiro...**, p. 106.

<sup>170</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 163.

<sup>171</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 163.

<sup>172</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 172.

<sup>173</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 173.

socioeconômica na qual estão inseridos o proprietário e os não-proprietários. Ora, a atividade do proprietário na utilização do bem objeto da propriedade, segundo Francisco Cardozo OLIVEIRA, interfere de maneira substancial na vida dos não-proprietários e na configuração das relações sociais e de produção<sup>174</sup>, pois limita o acesso à propriedade. Importante transcrever o seguinte trecho da sua obra:

A utilidade social da apropriação do bem objeto da propriedade e a configuração das relações sociais e de produção, materializadas com o exercício concreto dos poderes proprietários, assumem relevância jurídica para delimitar o alcance da tutela do direito de propriedade. Do mesmo modo, o conflito surgido da relação entre proprietário e não-proprietários, que se insere no conflito mais amplo em torno da produção social do espaço, constitui fator determinante da extensão e do alcance dos poderes proprietários na situação proprietária concreta<sup>175</sup>.

Paralelamente ao processo doutrinário de repersonalização do direito privado e reconstrução do conceito de direito de propriedade, os movimentos sociais brasileiros, nas últimas décadas do século passado, atuaram ativamente no sentido de exigir uma atuação diligente do Estado e dos entes privados relativamente aos problemas envolvendo a propriedade e a posse da terra, tanto urbana e rural<sup>176</sup>. É nesse contexto, de adensamento populacional no meio urbano, que irrompe um novo fluxo de ocupações de terra, as quais acabaram pressionando os constituintes de 1988 a inserir no texto constitucional diversos dispositivos acerca da tutela da posse e da função social da propriedade.

A Constituição Federal atualmente vigente, a despeito de não inovar quanto à função social da propriedade (a Carta de 1946 já condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social), lhe dá novos contornos e estabelece verdadeiros princípios a serem observados por todo o ordenamento jurídico, inclusive quanto às situações patrimoniais, dentre eles a dignidade da pessoa humana. Segundo Eroulths CORTIANO JUNIOR, a supremacia constitucional gera uma hierarquia de fontes e de valores e “nestes dois sentidos deve ser entendido o fenômeno de constitucionalização do direito civil”<sup>177</sup>.

<sup>174</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**..., p. 271.

<sup>175</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**..., p. 270.

<sup>176</sup> ARRUDA, Dêsdemona T. B. T.; GONÇALVES, Marcos A. R.; LACERDA, Marina B. A posse: ferramenta para concretizar direitos fundamentais. *In*: CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**..., p. 142.

<sup>177</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**..., p. 175.

Indo mais além, Antonio Hernández GIL afirma que a função social, de modo geral, apresenta-se como pressuposto e como fim da ordem jurídica<sup>178</sup>. Para ele, o social é um dado representado por relações de interação ou interdependência; ou seja, é social no sentido básico de se referir a uma pluralidade humana<sup>179</sup>. Assim, a função social seria a base de toda a ordem jurídica porque o direito não pode ser pensado senão a partir de relações de interdependência.

Ressalte-se que, embora o nosso texto não tenha falado expressamente em “função social da posse”, certo é que as disposições nele contidas tratam da apropriação de bens, genericamente, independente do título do possuidor. Nesse sentido, Teori Albino ZAVASCKI faz a seguinte consideração: “por função social da propriedade, há de se entender o princípio que diz respeito à *utilização* dos bens, e não à sua titularidade jurídica<sup>180</sup>”. Aliás, à mesma conclusão é possível chegar a partir do entendimento de que são vários os estatutos proprietários, ou seja, o termo “propriedade” adquire uma noção plural que engloba as diversas situações jurídicas reais, condicionadas ao cumprimento da função social.

Antonio Hernández GIL, um dos primeiros autores a se dedicar ao estudo da função social da posse, lista os principais sentidos que podem ser atribuídos à posse, quais sejam: a posse como consequência ou conteúdo de um direito (modo de atuar o direito e não de atribuir direito ao sujeito); a posse como requisito da aquisição ou do exercício de um direito (fator da atividade ou dinâmica jurídica, como na hipótese da tradição jurídica para a transmissão de direitos reais); e a posse por si mesma<sup>181</sup>. Esse último significado é de suma importância para a funcionalização da posse, pois pressupõe a possibilidade de ela ser independente de qualquer outro direito real, assumindo plena autonomia.

O autor espanhol faz questão de associar a essa autonomia a idéia de que a posse é um fato, um poder ou uma situação de fato que pode estar desconectado de outras determinações. Por isso a factualidade da posse se fundamenta no “ser suficiente, en ele no tener que ir más allá para dotar a la posesión de significación

<sup>178</sup> GIL, Hernández. **La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)**. Madrid: Alianza Editorial, 1969.

<sup>179</sup> GIL, Hernández. **La función social de la posesión**, p. 72.

<sup>180</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. (org.). **A reconstrução do direito privado...**, p. 844.

<sup>181</sup> GIL, Hernández. **La función social de la posesión**, p. 81-89.

jurídica”<sup>182</sup>. Com relação a essa postura, o professor Luiz Edson FACHIN faz a ressalva de que a despeito de o problema sobre a natureza jurídica da posse (se é fato ou direito) ser uma questão colocada pela dogmática jurídica em contraposição à propriedade, o conteúdo da posse não pode ser reduzido a um simples conceito jurídico<sup>183</sup>.

Ou seja, a análise que faz Hernandez GIL deve ser compreendida sob outro enfoque, pois se baseia na absoluta importância do fato, do ponto de vista social e jurídico. O teórico espanhol não admite que a posse, com tanta concretude e “acontecer vital”, enraizada que está nas mais elementares manifestações da convivência social, permaneça engessada pelos livros e códigos de forma tão radical<sup>184</sup>. Por tais motivos, propõe um novo significado de posse que esteja conectado com a realidade social, ao menos neste aspecto. E isto só seria possível a partir da consideração da função social da posse.

Luiz Edson FACHIN afirma que o fundamento da função social da posse se diferencia radicalmente daquele que sustenta a funcionalização da propriedade, porque “revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade”<sup>185</sup>. Nesse sentido, Antonio Hernández GIL explica que a posse está presente tanto no campo das necessidades sociais quanto no do trabalho. A necessidade é a demanda humana que diz respeito ao exterior e ao próprio indivíduo, o qual procurará satisfazê-la através de bens que tendencialmente podem ser possuídos. Por sua vez, o trabalho é como uma empresa humana dirigida a satisfazer as necessidades também por intermédio de atos possessórios<sup>186</sup>.

Por tais razões Hernández GIL defende que:

La posesión de ofrece, en último término, como una estructura-función que en la sociedad capitalista, con la libertad exaltada y las necesidades colectivas reprimidas, tiende a ser correctivo de la propiedad monopolística de algunos, abriendo paso al proceso socializador (...) <sup>187</sup>.

<sup>182</sup> GIL, Hernández. **La función social de la posesión**, p. 83.

<sup>183</sup> FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20-21.

<sup>184</sup> GIL, Hernández. **La función social de la posesión...**, p. 90.

<sup>185</sup> FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea...**, p. 19.

<sup>186</sup> GIL, Hernández. **La función social de la posesión...**, p. 106.

<sup>187</sup> GIL, Hernández. **La función social de la posesión...**, p. 214-215.

Apesar das diferenças apontadas pelo professor Luiz Edson FACHIN entre os fundamentos da função social da propriedade e da função social da posse, a visibilidade de atuação do proprietário e do possuidor é a mesma. Em ambos os casos a função social se cumpre através da atividade exercida pelo proprietário/possuidor – em oposição à inércia do titular do direito sobre o bem –, a qual deve atender à destinação social do bem.

Inclusive, é possível afirmar que a propriedade se exerce justamente pela posse, pois esta permite o exercício das faculdades de uso e gozo da coisa, além de facilitar a sua alienação. Marcos TORRES explica tal assertiva, afirmando que o sujeito adquire a propriedade urbana ou rural pelo valor de utilização da terra, ou seja, apenas se for possível a utilização do bem através da construção, cultivo e/ou criação de animais, de forma direta, pelo próprio adquirente, ou indireta<sup>188</sup>.

O princípio da função social diz respeito, portanto, muito mais ao fenômeno possessório, já que para o atendimento à função social da propriedade é mister o exercício da faculdade de uso do bem, o que só se manifesta através da posse (direta ou indireta), enquanto conteúdo do direito. Consequência disso é o fato de a posse ser imprescindível para a defesa da propriedade, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, o qual tem por base a teoria possessória construída por Von Rudolph IHERING.

Daí porque, muito embora a doutrina majoritária cogite da existência da propriedade mesmo sem o exercício da posse, com base apenas no título aquisitivo, essa existência não poderia ser mais virtual. Sem posse, a propriedade não cumpre sua função social e, por isso, apresenta-se vazia de qualquer conteúdo. Por outro lado, a posse, que também sobrevive isoladamente, conforme já explicara António Hernandez GIL, não sobrevive sem a realidade da sua existência<sup>189</sup>. Ou seja, não é possível imaginar uma posse meramente abstrata.

Em tese, portanto, toda posse tem função social, porém, a abstração decorrente da espiritualização do fenômeno possessório permitiu fosse admitida a existência de uma posse que é simples exteriorização da propriedade. Afirma Marcos TORRES que nenhuma ocupação que deixe de produzir, na posse urbana, moradia e habitação, indispensáveis à satisfação das necessidades vitais do

---

<sup>188</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 303-304.

<sup>189</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 303.



cidadão e de sua família, e, na posse rural, habitação e alimentos para permitir a existência digna dos ocupantes, cumpre efetivamente com a função social da posse<sup>190</sup>.

A consideração acerca da função social da posse, que independe do fato de o possuidor exercer ou não titularidade sobre o bem, permite inclusive a conclusão de que à posse hoje se atribui uma autonomia da qual, na Modernidade, seria impossível cogitar. É o caso se de retomar àquele terceiro sentido atribuído por Hernandez GIL à posse, conforme indicado anteriormente neste trabalho: a posse por si mesma. De acordo com Marcos TORRES, “autônoma será a posse considerada em si mesma, desvinculada de qualquer relação jurídica precedente ao seu nascimento (...), esgotando-se no fenômeno possessório a justificativa para a outorga da proteção”<sup>191</sup>.

Referida “autonomização” pode ser verificada quando se constata que a posse não é mais mensurada a partir dos elementos do conceito de propriedade, mas sim através da valoração jurídica do uso do bem objeto de posse, de acordo com os valores primordiais da sociedade<sup>192</sup>. Ou seja, nessa concepção renovada da tutela da posse, importa o seu poder fático, conforme explica Francisco Cardozo OLIVEIRA:

O alcance do valor da posse reside no ato de apropriação que se produz na realidade concreta e que traduz a vontade do possuidor de satisfação de necessidades, muitas vezes primárias, ligadas à sobrevivência pessoal e familiar. A relevância jurídica da posse, portanto, não está na circunstância de o possuidor se apropriar da coisa, como o proprietário o faria, conforme enfatiza Pontes de Miranda, mas na possibilidade de satisfação de necessidades que o ato de apropriação encerra<sup>193</sup>.

A fim de deixar bastante clara essa noção de posse autônoma, mister ressaltar que, se por um lado o próprio conteúdo material da posse é alterado, importando a espontaneidade fática do seu exercício, porquanto não mais apêndice da propriedade, por outro se verifica que a posse, isoladamente considerada, só poderá ser protegida pelo direito quando cumprir sua função social, ou seja, quando

<sup>190</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 313.

<sup>191</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 311.

<sup>192</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 253.

<sup>193</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 255.

o possuidor utilizar o bem para satisfazer suas necessidades materiais de moradia, trabalho e/ou alimentação.

Quanto ao conteúdo da função social, Eroulths CORTIANO JUNIOR rebate o argumento de que se trata de uma fórmula vaga por traduzir um princípio geral que não arrola efetivamente comportamentos proprietários obrigatórios<sup>194</sup>. O autor afirma que a superação dessa indeterminação do conteúdo da função social pelos legisladores e intérpretes tem como ponto de partida o fato de que o direito de propriedade já não é mais individualístico. Portanto, o conteúdo da sua função social sempre terá correspondência com os valores eleitos como mais relevantes pela comunidade em seu pacto político<sup>195</sup>.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 guia o operador do direito especialmente através dos artigos 1º ao 5º, permitindo a adequação do conceito da função social a cada situação concreta verificada. O texto constitucional, ainda, optou por tratar separadamente da função social dos imóveis urbanos e rurais. Sobre os primeiros, o artigo 186 exigiu certos requisitos para o atendimento da função social da propriedade rural, *in verbis*:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, tanto a posse quanto a propriedade no campo devem ser tuteladas na medida em que permitam a exploração do potencial econômico e social da terra, assegurando a concretização dos direitos fundamentais de garantia do desenvolvimento econômico, de valorização do trabalho e de redução das desigualdades<sup>196</sup>. Segundo os doutrinadores Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER, a fixação de critérios objetivos mínimos de realização da função social

---

<sup>194</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 148.

<sup>195</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 150.

<sup>196</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 258.

assegurou a efetividade da fórmula como meio de controle do exercício da situação subjetiva de propriedade<sup>197</sup>.

O Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), também aplicável à propriedade rural, estabelece os seguintes elementos integrantes da função social:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

Relativamente à propriedade imobiliária urbana, a Constituição especificou, em seu artigo 182, §2º, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. O Poder Público municipal é o agente executor da política de desenvolvimento urbano justamente porque o uso socialmente adequado dos imóveis deve ser identificado a partir das peculiaridades de cada espaço urbano, a serem apuradas concretamente. No § 4º do mesmo artigo, prevê o constituinte que se exija do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado o adequado aproveitamento deste, sob pena de sanções administrativas.

Acerca da posse no solo urbano, que vai se refletir no conteúdo da função social da propriedade, conforme apontamentos feitos anteriormente, Francisco Cardozo OLIVEIRA afirma que ela se destina principalmente à exploração de atividade econômica e à moradia. O autor faz ainda referência ao Estatuto da Cidade, segundo o qual “a apropriação do solo urbano deve estar relacionada a uma finalidade social ou econômica relevante para a ordem jurídica, que tutela o primado da dignidade da pessoa humana”<sup>198</sup>.

Frise-se que a função social de que trata a Constituição Federal diz respeito à utilização dos bens, incidindo sobre qualquer forma de apropriação, inclusive a posse. Especificamente com relação a esta, o texto constitucional chegou a diminuir

<sup>197</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER. **A garantia da propriedade no direito brasileiro...**, p. 104-105.

<sup>198</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 262.

o prazo para as ações de usucapião especial, conforme *caput* do artigo 183<sup>199</sup>. Mas as principais normas que demonstram a recente valorização jurídica da posse, especialmente quanto às formas de apropriação coletiva de bens por organização de grupos ou comunidades, estão presentes no Estatuto da Cidade e no Código Civil.

O artigo 10 do Estatuto da Cidade trata da hipótese da usucapião coletiva, estabelecendo:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Referido dispositivo evidencia que o conceito moderno de propriedade vem sendo relativizado pelo nosso ordenamento jurídico inclusive no que concerne ao seu caráter de direito individual. Conquanto a propriedade privada seja ainda a principal forma de apropriação de bens, não é mais absoluta: coexiste sem hierarquia com toda a complexidade de situações proprietárias estabelecidas na sociedade<sup>200</sup>. Quanto à implicabilidade prática da norma, Hélio Gonçalves PARIZ aduz que ela favorece a regularização ocupações irregulares do solo urbano em áreas cujo proprietário, em geral, não tem interesse de utilizar ou espera a sua valorização, dela tendo descuidado por mais de cinco anos<sup>201</sup>.

O Código Civil, por sua vez, objetivando atender às demandas sociais urbanas, inovou ao prever o que tem sido designada pela doutrina como espécie de expropriação<sup>202</sup>, objeto de discussão mais aprofundada no próximo capítulo deste trabalho. Dispõe o artigo 1.228, em seus parágrafos 4º e 5º:

<sup>199</sup> **Art. 183.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

<sup>200</sup> ALVES, Carolina C. N. et al. Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia..., p. 126-127.

<sup>201</sup> PARIZ, Hélio Gonçalves. **A Função Social da Posse...**, p. 215.

<sup>202</sup> Segundo a doutrina de Francisco Cardozo OLIVEIRA, “não se trata (...) de modalidade de usucapião, embora a perda da propriedade esteja relacionada à posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos. Opera-se, na realidade, uma espécie de expropriação da propriedade de particular para particular, mediante atividade jurisdicional típica” (**Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 301).

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Não é objeto do presente trabalho a análise da real extensão de todos os elementos estabelecidos constitucionalmente para a configuração da propriedade funcionalizada. Pretendeu-se, até este momento, demonstrar que o paradigma moderno do direito de propriedade precisa ser rompido pelo direito através da proteção dos direitos fundamentais dos não-proprietários, em observância ao princípio basilar da nossa ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana.

## 2 EMBATE ENTRE A POSSE QUE CUMPRE SUA FUNÇÃO SOCIAL E A PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA

### 2.1 Instrumentos de proteção da propriedade

Previamente ao estudo das soluções jurídicas possíveis no embate entre a posse autônoma e a propriedade que não cumpre sua função social, são necessárias algumas considerações sobre as formas tradicionais de proteção da propriedade. A mais importante e polêmica delas é o desforço imediato que possibilita a autodefesa do proprietário nas hipóteses de turbacão ou esbulho da posse (art. 1210, § 1º, do Código Civil de 2002<sup>203</sup>). Essa defesa deve ser exercida excepcionalmente, respeitando os limites da prática de atos necessários à restituição ou manutenção do estado possessório<sup>204</sup>.

Referida medida, conforme ressalta Marcos TORRES, tem graves conseqüências sociais especialmente na área rural, onde os titulares de grandes latifúndios contratam seguranças e jagunços para expulsar ou impedir o ingresso e a manutenção de lavradores nas suas terras. Nas palavras do autor, “a manutenção da autotutela na legislação é um forte indicativo de que estamos ainda diante de um código da propriedade, e assim será enquanto a posse for considerada como apêndice da propriedade (...)”<sup>205</sup>.

Destaque-se que o desforço imediato geralmente será exercido por aquele proprietário que não atribui à sua terra a destinação social exigida pela lei<sup>206</sup>, o que significa que o próprio direito permite, através da norma inserta no art. 1210, § 1º, do Código Civil, que as posses decorrentes de ocupações cujo principal objetivo, além da pressão política, consiste na satisfação de necessidades primárias, podem sofrer

---

<sup>203</sup> **Art. 1.210.** O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbacão, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

<sup>204</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 321.

<sup>205</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 324.

<sup>206</sup> Nada obsta, porém, que o desforço imediato seja utilizado pelos próprios possuidores quando houver ameaça de expulsão por grileiros em terras ocupadas de acordo com o princípio da função social, pois o dispositivo que o prevê faz referência à posse autônoma, sem qualquer relação com o direito de propriedade.

dura resistência do proprietário que não cumpre com os deveres sociais inerentes à situação proprietária. Assim:

Se a posse for conteúdo do direito de propriedade e se este não estiver sendo exercido conforme a função social do bem, objeto do direito, ou seja, tendo a posse “*solo animo*”, não parece lícito (...) conferir proteção tão superior em comparação com os demais direitos, do desforço imediato. (...) Seria conferir poder de autotutela a quem não merece proteção sequer no direito que origina sua posse<sup>207</sup>.

Os princípios constitucionais que se dedicam a proteger os interesses existenciais dos cidadãos, dentre eles, especificamente no que tange ao tema objeto deste estudo, a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade, além da premente necessidade de relativização do princípio da propriedade privada, exigem deva ser observada a realidade concreta em que se inserem os sujeitos envolvidos no conflito para que se alcance uma tutela possessória ou proprietária materialmente justa.

A esse respeito, Francisco Cardozo OLIVEIRA entende que na atividade de construção de tutelas deve-se assegurar a efetividade da posse, considerando o seu conteúdo material, e a propriedade funcionalizada, na perspectiva do direito constitucional de ser proprietário<sup>208</sup>. O civilista defende, nesse sentido, que o princípio da instrumentalidade, ao impor uma necessária relação entre tutela e o conteúdo do direito material a ser tutelado, permite a uma solução materialmente justa diante do conflito de interesses existente entre proprietários e não-proprietários na atual configuração das relações sociais e de produção<sup>209</sup>.

Duas espécies de ações típicas acolhidas pelo Código de Processo Civil Brasileiro envolvendo essa sorte de conflitos merecem especial atenção dentro da análise da função social da posse e da propriedade, porquanto exigem soluções tendentes à garantia dos princípios constitucionais que refletem os valores primordiais da nossa sociedade, na concretização do direito materialmente justo. São elas as ações possessórias, que tutelam o fato da posse, e as ações reivindicatórias, que têm como objeto o direito de propriedade.

---

<sup>207</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 326.

<sup>208</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 286.

<sup>209</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 285-289.

Nada obstante sejam irrelevantes para a tutela da posse os valores inerentes ao direito de propriedade, as ações de reintegração ou de manutenção na posse tradicionalmente são manejadas pelos proprietários, que sustentam a posse com base no título de propriedade. O Judiciário, ao não raro aceitar essa postura, se omite do seu dever de decidir acerca do cumprimento ou não da função social da propriedade, já que tem a atribuição constitucional de aplicar o direito aos casos concretos<sup>210</sup>.

A proteção possessória deve se dirigir ao fato material da posse e seus valores<sup>211</sup>, por isso cabe ao magistrado avaliar, a partir da realidade fática em que se dá o conflito, a qualidade da posse do proprietário, levando em conta o princípio da função social constitucionalmente delimitado. Tal entendimento permite seja a posse protegida nos casos de ocupações de áreas rurais e urbanas, de regularização fundiária de favelas e até mesmo de loteamentos clandestinos<sup>212</sup>. Não é mais possível que se admita dentro da ordem constitucional brasileira a tutela de uma atípica posse abstrata, vazia de conteúdo, considerada apenas como apêndice e decorrência natural do direito de propriedade, em detrimento de situações possessórias cheias de conteúdo vital.

Por outro lado, as ações reivindicatórias, que também refletem conflitos entre possuidores não-proprietários e proprietários, dependem da prova da propriedade. Segundo os ensinamentos de Orlando GOMES, relativamente aos bens imóveis ocorre presunção da propriedade quando é apresentado o registro do título traslativo, cujo valor probatório, contudo, é relativo<sup>213</sup>. Francisco OLIVEIRA acrescenta outro fator a influenciar a relativização do direito de propriedade nas ações reivindicatórias, afirmando que o reivindicante deve demonstrar que, “na qualidade de proprietário da coisa, está a exercer os poderes proprietários de acordo com os objetivos albergados pelo princípio da função social”<sup>214</sup>.

Ocorre que o direito infraconstitucional sempre tratou como digno de proteção definitiva o direito de propriedade, conferindo à posse proteção meramente

---

<sup>210</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 335-336.

<sup>211</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 300.

<sup>212</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 300.

<sup>213</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais...**, p. 256.

<sup>214</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 302.



provisória<sup>215</sup>. Assim, quando o conflito se instaura em razão da posse, ela geralmente cede ante a prova da titularidade sobre a coisa pelo sujeito que a reivindica, independentemente dos parâmetros constitucionais relativos à função social. Conforme ressalta Marcos TORRES, a proteção possessória só se mostra definitiva, no tradicional desenrolar das ações judiciais, quando configuradas as hipóteses de transformação da posse em propriedade<sup>216</sup>, como é o caso da usucapião e da figura prevista no art. 1228, § 4º, do Código Civil.

Acerca desta previsão legal de expropriação da propriedade de particular para particular, Francisco OLIVEIRA explicita que “a privação da propriedade, por parte do proprietário, poderá ocorrer quando proposta ação reivindicatória para reaver a posse do bem objeto da propriedade em mãos de não-proprietários”, competindo ao juiz verificar a configuração concreta dos elementos exigidos pelo § 4º do artigo 1228 do Código Civil<sup>217</sup>. Prevalecerá, em caso positivo, a posse sobre o direito de propriedade, justamente porque os possuidores lograram atribuir utilidade social ao imóvel anteriormente desfuncionalizado.

Evidencia-se, em conclusão, a necessidade de superar a tradição jurídica que sempre tratou as ações possessórias e reivindicatórias como formas de proteção do sujeito de direito proprietário, desconsiderando as causas sociais dos litígios e a realidade concreta em que eles se inserem. Em crítica bastante perspicaz a esse sistema, Sérgio Sérulo da CUNHA aduz:

Hoje é impossível continuar agindo assim. De um lado, porque a injustiça daqueles procedimentos tornou-se escandalosa: mesmo para os que costumam idolatrar a letra da lei, e abstrair os princípios em razão dos quais ela foi feita não há como apoiá-los, logicamente, no conjunto explícito do ordenamento em vigor: os princípios abstratos da ordem liberal passaram a concretizar-se, em grande parte, em normas de conteúdo social. De outro lado porque configurou-se, no país, um macroconflito possessório, entre poucos que mantêm largas extensões de terras – produtiva ou improdutivamente – e muitos que necessitam de um pouco para morar e trabalhar, como condição de sua sobrevivência. A questão dos lavradores sem-terra assemelha-se no Brasil, hoje à dos grupos nacionais e étnicos marginalizados, e à questão possessória prepõe-se o direito à moradia, ao trabalho e à vida<sup>218</sup>.

<sup>215</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 354.

<sup>216</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 357-358.

<sup>217</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...**, p. 303.

<sup>218</sup> CUNHA, Sérgio Sérulo da. A nova proteção possessória. In: CHAGAS, Silvio Donizete (org.). **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994, p. 39.

Assim, deve-se buscar uma nova disciplina da tutela da posse e da propriedade, levando em consideração o princípio da função social que veio alterar o estatuto proprietário em toda sua essência. Os conflitos entre proprietários e possuidores não-proprietários demandam a consideração, pelos operadores do direito, de elementos valorativos do fato da posse e da situação proprietária concreta, os quais integram a dinâmica de apropriação de bens para a satisfação de necessidades humanas.

## 2.2 Consequências teórico-práticas para o proprietário inerte

Conforme exposto, as formas de apropriação de bens devem observar finalidades sociais informadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que o direito de propriedade, considerado por parte da doutrina como situação jurídica complexa, é composto, estruturalmente, pelo princípio da função social. Assim, nada mais lógico que, na hipótese descumprimento de regras funcionalizadoras, sejam impostas certas sanções ao proprietário inerte, tais como a desapropriação do imóvel.

A norma inserta no artigo 184 da Constituição Federal estabelece a competência da União para “desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária”. Há, neste específico ponto, algumas considerações a serem feitas sobre eventuais interpretações restritivas, especialmente em razão de todo o raciocínio que se desenvolveu ao longo deste estudo relativamente à função social da propriedade.

O constituinte de 1988 determinou a insusceptibilidade de desapropriação de propriedade produtiva (art. 185). Uma análise apressada do dispositivo legal levaria à conclusão de que mesmo na hipótese de descumprimento dos demais requisitos previstos no artigo 186, o imóvel rural não poderá ser desapropriado. Porém, como afirma André GONDINHO em interpretação sistemática do texto, o princípio da função social da propriedade, elencado entre as garantias fundamentais do cidadão (inciso XXIII), criou um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico, que deve ser observado na leitura do artigo 185<sup>219</sup>.

Ou seja, a constatação de que a Constituição optou por valores existenciais que exprimem a idéia de dignidade da pessoa humana conduz necessariamente ao reconhecimento da possibilidade de desapropriação-sanção da propriedade produtiva quando não estiver cumprindo sua função social<sup>220</sup>. André GONDINHO, citando Gustavo TEPEDINO, defende que a propriedade produtiva, a que se refere o artigo 185, torna insusceptível de desapropriação a propriedade que, sendo

---

<sup>219</sup> GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 414.

<sup>220</sup> GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade..., p. 415.

produtiva, não tenha fins especulativos, ou seja, esteja efetivamente cumprindo sua função social, “cujo exercício possa ser associado à redistribuição de riqueza”<sup>221</sup>.

Quanto à propriedade urbana, o constituinte outorgou ao Poder Público Municipal alguns instrumentos de coerção para efetivar a função social do imóvel urbano, dispondo, no § 4º do art. 182 o seguinte:

É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I - parcelamento ou edificação compulsórios;
- II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Desta feita, o descumprimento da função social pode culminar com a desapropriação para permitir o uso e o aproveitamento do bem, de acordo com a utilidade eleita pelo interesse social. Nesse sentido, Francisco OLIVEIRA destaca que referido ato administrativo acaba assumindo verdadeiro caráter punitivo, ainda que abrandado pelo direito à indenização, porque o proprietário perde o direito ao exercício dos poderes proprietários<sup>222</sup>.

Mas não são estas as únicas consequências que poderão atingir o proprietário inerte. Para além das sanções administrativas, da desapropriação e da perda da propriedade por aplicação do artigo 1228, § 4º do Código Civil, bem como das hipóteses de usucapião, é preciso avaliar qual a real extensão da relativização do direito de propriedade, especialmente no que tange à sua tutela jurídica.

As alterações históricas relativas ao tratamento da posse e da propriedade pelo direito, que culminaram com a autonomização da primeira e a relativização da segunda, conforme demonstrado neste estudo, alteraram substancialmente o regime de tutela da propriedade. Diante da necessidade de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, resta claro que o direito deve dar preferência à posse que, na concretude dos fatos da vida, permita a realização das necessidades humanas, em

<sup>221</sup> GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade...*, p. 416.

<sup>222</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade...*, p. 248.

detrimento do direito de propriedade cujo titular se mantenha inerte, ignorando os interesses sociais que direcionam o exercício dos seus poderes proprietários.

O doutrinador Marcos TORRES atribui duas premissas básicas para este raciocínio:

A primeira, que diz respeito à propriedade, sugere então que se encontra o intérprete diante de uma propriedade imóvel (urbana ou rural) desfuncionalizada. A segunda, que diz respeito à posse, em verdade corresponde a um conjunto de fatores que poderiam ser identificados como premissas menores (positivas e negativas) que deságuam na premissa maiores, que podem ser agrupadas do seguinte modo: a) sugere a pessoa de um possuidor que tem necessidades vitais como a moradia e a subsistência; b) que tais necessidades devem ser supridas através da posse resultante da ocupação; c) que o possuidor não tenha meios de adquirir através da compra o direito de propriedade atinente ao imóvel ocupado; d) que não seja ele proprietário de imóvel; e) que a área ocupada se limite ao necessário para o atendimento da moradia e/ou cultivo<sup>223</sup>.

Nesse sentido, e considerando que a maioria dos doutrinadores hoje entende que a função social integra a estrutura do direito de propriedade, questiona-se se persiste o direito de propriedade quando não há exercício pelo titular da função social e, em caso positivo, se merece o proprietário inerte a proteção do sistema. Tal questão perpassa outra controvérsia doutrinária, acerca da natureza jurídica do direito de propriedade: se direito subjetivo, não é lícito concluir que restaria ausente qualquer possibilidade de proteção ao proprietário, pela principiologia constitucional; e se situação jurídica complexa, plenamente razoável a afirmação de que não caberia ao proprietário nenhuma espécie de tutela do seu direito, inclusive reivindicatória.

Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER, que explicitamente optam pela vertente do direito de propriedade como uma situação jurídica complexa<sup>224</sup>, afirmam que a garantia constitucional da propriedade não tem incidência nos casos em que a propriedade não cumpra a sua função social, justamente porque o atendimento aos interesses sociais relevantes representa o próprio fundamento para a atribuição de poderes ao titular do domínio<sup>225</sup>. No mesmo sentido, alguns autores cogitam da

<sup>223</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 350.

<sup>224</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (org.). **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres**. São Paulo: Método, 2002, p. 123.

<sup>225</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER. **A garantia da propriedade no direito brasileiro...**, p. 106-107.

perda da propriedade por defeito de legitimação, como é o caso de Salvatore PUGLIATTI, citado por Marcos TORRES<sup>226</sup>.

O jurista italiano Pietro PERLINGIERI faz a seguinte consideração sobre o tema:

Se Tício obteve reconhecimento pelo ordenamento jurídico da propriedade de um determinado bem e essa propriedade tem uma disciplina inderrogável fora dos poderes do titular, fora da autonomia privada, e se nessa disciplina existem determinadas obrigações de comportamento por parte do proprietário, isso significa que só recebeu do ordenamento jurídico aquele direito de propriedade na medida em que respeite tais obrigações, na medida em que respeite a função social do direito de propriedade. Se o proprietário permanece inadimplente e não se realiza a função social da propriedade, ele não é mais merecedor de tutela de parte do ordenamento jurídico: não existe mais razão para tutela, não há mais razão para o direito de propriedade.<sup>227</sup>

Outrossim, Orlando GOMES, por também entender que a função social constitui a justificação da propriedade, defende que o proprietário que não atribui uso compatível com os interesses sociais ao seu imóvel não deve ter o direito de conservá-lo, de modo que “a perda da propriedade seria uma consequência lógica da idéia de função social”<sup>228</sup>. Eroulths CORTIANO JUNIOR, em tese já citada, faz coro a essa corrente doutrinária, aduzindo:

Como a função social é elemento essencial definidor do próprio direito de propriedade (...), pode-se afirmar que não há propriedade sem função social. Equivale dizer: o proprietário que não faz cumprir a função social da propriedade não merece a tutela que é atribuída ao proprietário que utiliza sua propriedade de forma adequada ao interesse social<sup>229</sup>.

Tais conclusões teóricas parecem ser as mais condizentes com os atuais parâmetros constitucionais e principiológicos que regem todo o ordenamento jurídico, na busca pela revalorização da situação possessória frente ao direito de propriedade individualístico e absoluto da Modernidade. Por outro lado, o fato de o nosso ordenamento jurídico prever a perda da propriedade por desapropriação, faz

<sup>226</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 264.

<sup>227</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**, Napoli: Jovene, 1970, p. 71, citado pelo Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (relator) em voto que, junto com a maioria da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, desproveu a Apelação nº 597.163.518 em favor dos ocupantes de grande terreno urbano (julg. em 27/12/2000).

<sup>228</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 79.

<sup>229</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas...**, p. 184.

com que o argumento do defeito de legitimidade se esmoreça, tendo em vista a contradição que provocaria no sistema outra hipótese de perda da propriedade, sem previsão de indenização ao titular.

Porém, não parece razoável que a doutrina se esforce para adequar certos institutos à legislação que, evidentemente, buscou tutelar os interesses das classes proprietárias. Ora, é o direito que deve se adaptar às necessidades materiais que se tornaram objeto de grandes conflitos na realidade fática subjacente ao sistema. Assim, teorias que se harmonizem com a lógica existencial que toma espaço no direito contemporâneo devem ser expostas e defendidas com vigor pelos operadores do direito, a fim de romper com o paradigma moderno do direito de propriedade. Impende a defesa efetiva dos interesses dos possuidores não-proprietários, que buscam na ocupação de imóveis aos quais não tenha sido atribuída utilidade social pelo proprietário a satisfação das suas necessidades primárias.

Por isso a noção do direito de propriedade como uma situação jurídica complexa, ao abarcar todo o conjunto de interesses, deveres, poderes, limitações, sanções e outras situações envolvendo as formas de apropriação de bens e os proprietários e não-proprietários, permite a superação de eventual contradição entre a perda da propriedade pela ausência de legitimação. Isto porque, inexistindo qualquer possibilidade de o proprietário do bem exercer os poderes proprietários, inclusive o de reivindicá-lo, estarão sendo protegidos os interesses dos não-proprietários, que integram essa situação jurídica não apenas como simples sujeitos passivos.

### 2.3 Tutela jurídica da posse autonomizada e decisões paradigmáticas

Diante da conclusão de que a posse com função social, que viabiliza concretamente a existência digna dos possuidores através da moradia, do cultivo, do trabalho e do abrigo, deve prevalecer sobre a propriedade que, desfuncionalizada, ignora os valores existenciais que permeiam nossa ordem constitucional, forçoso reconhecer o papel do Judiciário na efetivação da função social da propriedade, especialmente na seara das ações tradicionalmente ajuizadas pelos proprietários para a expulsão daqueles que ocupam as terras (urbanas ou rurais) de sua titularidade.

Conforme ressaltam Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER, a inércia do Poder Executivo na adoção de instrumentos de imposição do cumprimento da função social aos proprietários tem servido de obstáculo à atuação do Poder Judiciário<sup>230</sup>. Evidente que os juízes não têm a atribuição de decretar a desapropriação de imóveis, cuja competência é administrativa, porém, devem deixar de atribuir tutela jurisdicional à propriedade que desatenda aos interesses sociais estabelecidos pela Constituição<sup>231</sup>. Nesse sentido, Marcos TORRES afirma que sem a prova cabal de cumprimento da função social da propriedade, aliado ao pagamento dos impostos devidos, não deve ser concedida liminar de manutenção ou reintegração na posse, muito menos tutela antecipada nas ações reivindicatórias<sup>232</sup>.

Ora, se por um lado criticou-se, no início desse trabalho, o caráter excludente e desigual do direito, cujo direcionamento é dado pelas classes dominantes, às quais interessa a manutenção do *statu quo* capitalista, por outro se demonstrou, através das referências e citações realizadas, a preocupação de muitos doutrinadores com as classes não-proprietárias, excluídas pelo direito positivo, notadamente aquele albergado pelo Código Civil. A despeito de não defenderem uma efetiva e profunda alteração em todo o sistema de mercado que pressupõe a manutenção da propriedade privada e a existência de desigualdades materiais entre

---

<sup>230</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade..., p. 114.

<sup>231</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade..., p. 116.

<sup>232</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 344.



os indivíduos, essas teorias buscam tratar o direito como um fenômeno social, indissociável da realidade<sup>233</sup>, e vêm sendo utilizadas como fundamento para decisões judiciais paradigmáticas.

A partir da compreensão de que a posse possui um conteúdo fático que lhe confere autonomia relativamente à propriedade, os conflitos sociais que se transpõem para a esfera do Judiciário podem ser minimizados por intermédio de decisões judiciais que, na análise do caso concreto, verifiquem ausente a utilização social do imóvel litigioso e julguem extinta a ação possessória ou reivindicatória por ausência de condição de procedibilidade e, caso seja requerida pelo réu, atribuam-lhe proteção possessória. Citando Marcos TORRES:

Assim, se a terra, urbana ou rural, não suporta qualquer atividade de interesse social, mantendo-a como mercadoria, como capital, não há propriedade digna de proteção e, por sua vez, a posse-contéudo também a desmerecerá, de modo que não logra o autor da ação possessória, em tais circunstâncias, provar a sua posse sobre a coisa, de forma que não haverá posse para se manter ou para reintegrar, por ausência de pressuposto básico de constituição da relação processual válida, devendo o processo ser extinto sem exame de mérito, e, se requerida pelo réu, que estiver dando destinação socialmente relevante ao imóvel, deve ser-lhe dada proteção possessória<sup>234</sup>.

Gize-se que o fundamento da ação possessória deve ser a posse e não o título de propriedade do bem. Mesmo sendo o autor proprietário do imóvel objeto do litígio, só terá proteção possessória caso demonstre cumprir com o princípio da função social da propriedade, que na prática se materializa através do exercício direto ou indireto da posse sobre o bem. Por outro lado, a ação reivindicatória deve se basear no direito de propriedade cuja estrutura é composta, conforme salientado diversas vezes ao longo deste estudo, pela função social (além de outras situações jurídicas), condição necessária para a tutela da propriedade.

Ademais, é importante a descriminalização dos atos de ocupação, tanto urbana quanto rural, tendo em vista que, na prática dos conflitos possessórios, muitos acabam sendo presos por formação de quadrilha ou desobediência, além da prática do crime de esbulho possessório. Como destaca Marcos TORRES, “a ocupação de imóvel alheio com fins de moradia ou trabalho (cultivo) não se faz

<sup>233</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 339.

<sup>234</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 340.

porque o ocupante pretenda violar o sistema ou o direito alheio”<sup>235</sup>. Acaba sendo o recurso de que dispõem os não-proprietários, devendo prevalecer o direito de moradia sobre os poderes do proprietário que não atribui função social ao bem.

O direito de moradia, de “estar” e “ser” em algum lugar para existir dignamente, integrante do direito à subsistência e, em última instância, do direito à vida, torna legítimas as ocupações urbanas e rurais que atribuam aos imóveis fundamentalidade substancial através da função social. É a presença do fator “necessidade” que afasta o caráter de ilicitude dos atos possessórios, além da regularidade do exercício dessa posse<sup>236</sup>. Além disso, o desalojamento forçado das famílias que ocupam individual ou coletivamente imóveis urbanos ou rurais é incompatível com a vida, já que é capaz de provocar consequências sociais sérias para estes que não possuem lugar pra viver.

Para demonstrar como aos poucos vão se nos inserindo diversos campos de atuação do direito profissionais que reconhecem o seu papel de transformação social, mister sejam analisadas algumas decisões bastante emblemáticas no sentido da efetivação do princípio da função social da propriedade. A primeira delas foi proferida pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 16/12/1994 (Apel. Cível 212.726-1-8, Rel. Des. José Osório):

Ação reivindicatória – Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos – Função social da propriedade – Direito de indenização dos proprietários – Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenizações contra quem de direito<sup>237</sup>.

No voto, o Des. José Osório afirma que a realidade concreta deve preponderar sobre a abstração jurídica do título de propriedade dos lotes de terreno reivindicados. Embora de difícil sustentação, sua teoria é importante para a defesa da ausência de proteção reivindicatória ao proprietário inerte. Vejamos:

O objeto da Ação Reivindicatória é, como se sabe, uma coisa corpórea, existente e bem definida. Veja-se, por todos, Lacerda de Almeida:

<sup>235</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 390.

<sup>236</sup> TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse...**, p. 396.

<sup>237</sup> Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apelciv21272614.htm> >. Acesso na data de 12/10/2010.

"Coisas corpóreas em sua individualidade, móveis ou imóveis, no todo ou em uma quota-parte, constituem o objeto mais freqüente do domínio, e é no caráter que apresentam de concretas que podem ser reivindicadas (...)" (Direito das coisas, Rio de Janeiro, 1908, p. 308).

No caso dos autos, a coisa reivindicada não é concreta, nem mesmo existente. É uma ficção.

Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os 9 (nove) lotes reivindicados residem 30 (trinta) famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel.

(...)

Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamento e como lotes.

**A realidade concreta prepondera sobre a "pseudo-realidade jurídico-cartorária". Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade.** Se um cataclismo, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade.

(...)

**No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social.** O loteamento pelo menos no que diz respeito aos 9 (nove) lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978-1979, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

**O jus reivindicandi fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade.**

(grifos meus)

Ao aduzir a perda do direito de propriedade do autor pelo distanciamento da realidade abstrata descrita nos títulos relativamente à realidade concreta, quis o Relator do voto afirmar que, ao manter-se inerte, sem promover ações funcionalizadoras que dessem alguma utilidade aos lotes de terreno objetos do

litígio, o proprietário perdeu o direito de reivindicá-los, já que propriedade desfuncionalizada não é propriedade. No acórdão em questão, restou clara a defesa da perda da tutela jurídica do direito de propriedade em desacordo com o princípio constitucional da função social, servindo como precedente para outras decisões judiciais com semelhantes contornos.

Dentre elas, o acórdão proferido pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação nº 597.163.518, cujo conteúdo se harmoniza com as considerações feitas até aqui. Eis a ementa:

ACAO REIVINDICATORIA. Improcedência. Área de terra na posse de centenas de famílias, há mais de 22 anos. Formação de verdadeiro bairro, com inúmeros equipamentos urbanos. Função social da propriedade como elemento constitutivo do seu conceito jurídico. Interpretação conforme a Constituição. Inteligência atual do art. 524 do CC. Ponderação dos valores em conflito. Transformação da gleba rural, com perda das qualidades essenciais. Aplicação dos arts. 77, 78, e 589 do CC. Consequências fáticas do desalojamento de centenas, senão milhares, de pessoas, a que não pode ser insensível o juiz. Nulidade da sentença rejeitada por unanimidade. APELACAO DESPROVIDA POR MAIORIA.

(Apelação Cível Nº 597163518, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: João Pedro Pires Freire, Redator para Acórdão: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Julgado em 27/12/2000).

O Des. Carlos Alberto defende a tese de que a função social integra o suporte fático do direito de propriedade, sendo inclusive a própria razão pela qual os poderes proprietários são atribuídos a um sujeito específico. Na mesma esteira do julgado anteriormente comentado, afirma que se o terreno restou abandonado pelo proprietário por tanto tempo, descumprindo sua função social, tendo em seguida se transformado em bairro urbanizado através da atuação das famílias que o ocuparam, deixou de apresentar as qualidades essenciais que antes o caracterizavam. Teria perecido, portanto, o próprio objeto do direito de propriedade. O fundamental, afirma o Desembargador, “é que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente. Daí a consequência, para mim inafastável e inarredável, o direito de reivindicar foi suprimido pelas circunstâncias assinaladas”.

Quanto à alegação de que a posse dos ocupantes do imóvel reivindicado naquele caso concreto era injusta, aduz o seguinte:

Posse injusta, no contexto dos autos, especialmente depois do prestígio conferido pelas Constituições modernas aos direitos humanos fundamentais, não pode mais ostentar, à evidência, o sentido que se lhe atribuía nos idos de 1917. “Injusta” é hoje, antes de tudo, e principalmente em função da urbanização acelerada ocorrida no mundo, inclusive no Brasil, a posse que fere a justiça distributiva, fim último de todo o Estado que se pretenda Democrático e de Direito, como aquele apregoado pela Constituição de 1988. Conclusão que tanto mais se afirma quando se pensa que a escassez de terra não decorre do fato da coisa, da própria natureza, suficientemente pródiga para os brasileiros, mas origina-se de escandalosa concentração da terra em mãos de poucos, da visão do direito de propriedade como ente absoluto e incontrastável.

Já quanto aos conflitos envolvendo proprietários rurais e possuidores não-proprietários, são mais raras as sentenças e principalmente os acórdãos que privilegiem os interesses destes, tanto pela pressão dos grandes latifundiários, da mídia e de parte conservadora da sociedade, quanto pela criminalização dos movimentos sociais, dentre eles o MST (Movimento dos Sem-Terra). Uma decisão bastante interessante, tomada por voto da maioria da 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no Agravo de Instrumento nº 70003434388, levou em consideração o princípio da função social da propriedade para manter a decisão agravada, que indeferiu a liminar reintegratória<sup>238</sup>.

Em diversas ocasiões, os relatores de recursos interpostos em sede de ações possessórias afirmam que não cabe o debate acerca do cumprimento da função social, o qual deve ser objeto de ação desapropriatória. No caso em comento, porém, o Des. Rel. Carlos Rafael dos Santos Junior sustentou que “se há de construir uma nova exegese da norma a respeito da posse e da propriedade imóveis, dando vida efetiva ao conceito da função social da propriedade, que certamente não encontra lugar no texto constitucional por circunstância de simples diletantismo”.

Afirma ainda:

Não há mais como se vedar, ao Juiz, a investigação acerca da função social da propriedade, quando se vê o Judiciário diante de conflitos agrários como o

<sup>238</sup> Ementa do acórdão: Possessória. Área rural. MST. Função social da propriedade. Investigação. Possibilidade. Função social da propriedade como direito fundamental. Construção de nova exegese da norma material e procedimental. Investigação da produtividade e aproveitamento da área em ação possessória. Necessidade. Art. 5º, XXII e XXIII, cf. lei nº 8.629/93. Negaram provimento. Voto vencido. (TJRS - Agravo de Instrumento Nº 70003434388, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 06/11/2001). Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br> >. Acesso na data de 18/10/10.

ora em pauta. Sustentar o contrário, a meu juízo, significa negar vigência ao próprio Texto Maior, submetendo-o a garrote de norma processual que tem por finalidade, exatamente, dar efetividade ao direito material, jamais impedir seu exercício. E isto é violar a lei.

Tais decisões refletem em certos aspectos o que se pretendeu expor acerca da prevalência da posse com conteúdo material relativamente à propriedade desfuncionalizada, com a defesa de interesses extraproprietários através da efetivação de direitos fundamentais, dentre eles os direitos à moradia e à própria subsistência. Assim, as chamadas posse-moradia e posse-trabalho hoje representam a autonomização das situações possessórias, compatível com a inserção de valores existenciais na Constituição, devendo ser alteradas as formas de compreensão acerca da apropriação de bens, principalmente no âmbito do Judiciário, ao qual cabe a concretização dos direitos e interesses tutelados constitucionalmente.

## CONCLUSÃO

Os problemas habitacionais nas grandes cidades e a violência no meio rural – reflexos da luta de classes subjacente às relações de produção das sociedades capitalistas – impõem que a ordem jurídica brasileira privilegie valores existenciais, levando em conta os interesses das classes historicamente excluídas, que não detêm propriedade sequer sobre sua própria força de trabalho. Não se pode mais vender os olhos e ignorar a influência recíproca da realidade social e do direito, o qual, além de não ser neutro, deve proteger, primordialmente, situações que dizem respeito à vida e à dignidade dos cidadãos.

A nossa Constituição Federal de 1988, ao assumir a lógica da pessoa humana, em oposição ao patrimonialismo que até então imperava no Brasil, permitiu a adoção de teorias funcionalizantes pela doutrina pátria, em princípio direcionadas às situações proprietárias. Nesse contexto, a posse assumiu posição importantíssima dentro do direito, porquanto viabiliza, na concretude dos fatos, através do seu caráter de efetividade, a prática de atos aptos a satisfazer as necessidades materiais dos possuidores, como a moradia, o cultivo e o trabalho. Permite, outrossim, uma existência digna também no aspecto subjetivo, relativa à possibilidade de o indivíduo se autodeterminar e das coletividades e movimentos populares reivindicarem seu papel atuante na construção da história da nossa sociedade.

A valorização da posse que cumpre função social, sobrepondo-se ao direito do proprietário inerte, representa grande avanço dentro da nossa ordem jurídica, pois abre espaço para que estudiosos e aplicadores do direito assumam uma postura mais ativa quando do exercício dos papéis que exercem na sociedade. Além disso, colabora para a descriminalização das ocupações rurais e urbanas, individuais ou coletivas, passando-se a enxergar o posseiro que atribui função social ao imóvel que ocupa não como um invasor que atenta contra o direito legítimo do titular do bem, mas como um ser humano que quer exercer seu direito à vida, à moradia e ao trabalho.

Considerou-se, ao longo deste trabalho, a importância, no campo da dogmática jurídica, de teorias que venham se somar a esta lógica existencial a partir da alteração de conceitos jurídicos, compatibilizando-os com a noção de função

social. O entendimento de que a propriedade não é mais um direito subjetivo e sim uma situação jurídica complexa, cuja estrutura é composta pela função social, constitui a base dogmática para a defesa da dignidade da pessoa humana, consolidada por intermédio das diversas formas de apropriação de bens, especialmente aquela possessória.

O direito de propriedade não pode mais ser considerado separadamente da noção de função social, tal como, de maneira retrógrada, muitos operadores do direito ainda o fazem. A função social, por integrar o conteúdo da situação proprietária, permite a conclusão de que todo e qualquer proprietário individual que não esteja atribuindo ao seu bem utilidade social perderá as garantias constitucionais. Não há direito de propriedade sem função social, e isso deve ser deixado claro para todos aqueles que insistem em considerar o princípio constitucional da função social como inferior ao princípio da propriedade privada: ambos são indissociáveis.

Este foi, portanto, o objetivo imediato do estudo: analisar os limites e as possibilidades da função social da posse, considerando a autonomia desta em relação à propriedade e o potencial que a situação possessória tem de transformar a realidade concreta em direção à igualdade material dos cidadãos. Além disso, procurou-se demonstrar a relação entre tais possibilidades teóricas e os conflitos entre proprietários e não-proprietários, típicos da sociedade capitalista de produção, levando em consideração os princípios e garantias constitucionais dirigidos à tutela da pessoa.

Disso que se extrai a importância de uma atuação do Poder Judiciário concretizadora de direitos. A despeito de a juridificação dos conflitos poder significar – em se considerando o direito um instrumento de mediação entre Estado e economia na sociedade capitalista – a atonometização da realidade social, provocando também uma atonometização dos seus protagonistas, ou seja, despolitizando e desorganizando os interesses coletivos das classes populares, a práxis jurídica estatal hoje se apresenta fragmentada e assimétrica, diante do próprio dinamismo das formações sociais capitalistas<sup>239</sup>. Assim, parte dos grupos sociais em

---

<sup>239</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, o direito e a questão urbana..., p. 33-35.



luta acaba tendo a possibilidade de escolher estratégias jurídicas alternativas para a tutela dos seus interesses.

Nesse sentido que se buscou, após a análise histórica e teórica acerca da função social da posse e da propriedade, bem como das questões sociais relacionadas, demonstrar as possibilidades efetivas de alteração no tratamento jurídico oferecido aos não-proprietários. O direito não é o instrumento adequado para uma transformação profunda na sociedade, e isto já foi deixado claro ao longo do texto. Porém, serve como ferramenta adicional e nem por isso menos importante, na medida em que as decisões judiciais possuem, inevitavelmente, caráter político, devendo observar, outrossim, a realidade concreta que sofrerá seus efeitos. Daí porque a necessidade de munir os operadores do direito de argumentos suficientemente críticos em direção à superação do paradigma da propriedade absoluta.

É de se notar a grande quantidade de construções teóricas que propõem alternativas para o tratamento jurídico atualmente oferecido à propriedade desfuncionalizada e à posse que conteúdo material. A muito inferior quantidade de decisões judiciais neste sentido evidencia a necessidade de os grupos sociais e indivíduos diretamente interessados na tutela da posse e na concretização do seu direito a uma vida digna, pressionarem o Judiciário, o qual, por outro lado, deve estar receptivo às concepções teóricas por eles defendidas, readaptando-se às necessidades sociais e reconhecendo o seu papel ativista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos do Estado**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- ALVES, Carolina C. N; PASSOS, Cynthia R. de L; PONTES, Daniele R.; CORDEIRO, Noemia P. F. de M. Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia. *In*: CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2007.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.
- ARRETICHE, Marta T. S. **Emergência e desenvolvimento do Welfare State: teorias explicativas**. Disponível em: < [http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Marta/Arretiche\\_1996\\_BIB.pdf](http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Marta/Arretiche_1996_BIB.pdf) >. Acesso na data de 18/set/2010.
- ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: LGDJ, 1969.
- ARRUDA, Dêsdemona T. B. T.; GONÇALVES, Marcos A. R.; LACERDA, Marina B. A posse: ferramenta para concretizar direitos fundamentais. *In*: CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2007.
- BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Sobre o papel do direito na sociedade capitalista. Ocupações coletivas: direito insurgente**. Rio de Janeiro: CDDH, s/d.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- COMTE, Augusto. **Systeme de Politique Positive**. Paris: 1892, vol. I.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- COSTALDELLO, Angela Cassia. **As transformações do regime jurídico da propriedade privada: a influência do direito urbanístico**. *In*: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 2006.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. A nova proteção possessória. *In*: CHAGAS, Silvio Donizete (org.). **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

- FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- GIL, Hernández. **La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)**. Madrid: Alianza Editorial, 1969.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRAU, Eros. Parecer em consulta do MST. In: **A Questão Agrária e a Justiça**. Editora RT, 2000.
- GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- IHERING, Von Rudolph. **Teoria simplificada da posse**. Campinas: Russel Editores, 2009.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MACPHERSON, Crawford Brough. **Teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke** (trad. Nelson Dantas). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- MARICATO, Ermínia. **Metrópole, legislação e desigualdade**. Estudos Avançados, São Paulo - IEA USP, v. 17, n. 48, 2003.
- MARX, Karl. **O Capital**. Coleção Os economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MELO, João Alfredo Telles (org.). **Reforma Agrária Quando? CPI mostra as causas da luta pela terra no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2006.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

PAGANI, Elaine Adelina. **O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PARIZ, Hélio Gonçalves. **A Função Social da Posse**. (Dissertação de mestrado – Faculdade Autônoma de Direito – FADISP). São Paulo, 2007.

PAULINI, Umberto. **Crise estrutural e funcional da propriedade: revisão dos conceitos gerais em matéria de direitos reais (numerus clausus, tipicidade, situação jurídica e função social)**. (Dissertação de mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional** (trad. Maria Cristina de Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. (Tese de doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídica da Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2009.

SÁ, Andrea Alves de. **Território de uso comum das comunidades tradicionais: uma visão jus socioambiental do criar, fazer e viver dos fundos de pasto da Bahia/Brasil**. (Tese de doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, o direito e a questão urbana. In: FALCÃO, Joaquim (org.). **Invasões urbanas: conflitos de direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2008

STAUT JUNIOR, Sergio. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. (Tese de doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná). Curitiba, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER. **A garantia da propriedade no direito brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, nº 6, junho de 2005. Disponível em: < <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>>. Acesso na data de 10/09/10.

\_\_\_\_\_. O papel do Poder Judiciário na efetivação da função social da propriedade. *In*: STROZAKE, Juvelino José (org.). **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres**. São Paulo: Método, 2002.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

VARELA, Laura Beck. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: Um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 211.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith. (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OUTROS:

**Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras**. Brasília: Senado Federal, 1987, v. II.

**Sem direito à moradia digna**, reportagem veiculada no Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: < <http://www3.rpc.com.br/portal/gazetadopovo/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1048595> >. Acesso na data de 22/09/10.

< [http://www.mitopositano.com/diritto\\_romano\\_2.htm](http://www.mitopositano.com/diritto_romano_2.htm) >. Acesso na data de 23/09/2010.

< <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apelciv21272614.htm> >. Acesso na data de 12/10/2010.